CORTE SUPR[illegible] DE JUSTICIA

230

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".

(Siete Partidas: Partida 1ª, Título I, Ley XIII)

LICENCIA NUMERO 45,
DE 7 DE MARZO DE 1936

Registrado para curso libre de porte en el Servicio Postal.

TOMO XCI - BOGOTA, COLOMBIA. JULIO DE 1959 Número 2214

GACETA JUDICIAL

REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XCI

BOGOTA

"TALLERES GRAFICOS
MUNDO AL DIA"

1959

Magistrados que integran la Corte Suprema de Justic de la República de Colombia y Dignatarios de la misn

SALA PLENA

Dr. JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ, Presidente.
Dr. LUIS EDUARDO MEJIA JIMENEZ, Vicepresidente.
Dr. JORGE SOTO SOTO, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. HERNANDO MORALES M., Presidente.
Dr. JORGE SOTO SOTO, Secretario.

Magistrados: Doctores ENRIQUE CORAL VELASCO
IGNACIO ESCALLON
JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ
HERNANDO MORALES M.
ARTURO C. POSADA
GUSTAVO SALAZAR TAPIERO

SALA DE CASACION PENAL

Dr. GABRIEL CARREÑO MALLARINO, Presidente.
Dr. PIOQUINTO LEON L., Secretario.

Magistrados: Doctores HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ
GABRIEL CARREÑO MALLARINO
LUIS EDUARDO MEJIA JIMENEZ
SIMON MONTERO TORRES
PEDRO PACHECO OSORIO
GUSTAVO RENDON GAVIRIA

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. JORGE VELEZ GARCIA, Presidente.
Dr. VICENTE MEJIA OSORIO, Secretario.

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

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. LUIS CARLOS ZAMBRANO, Presidente.

Dr. JORGE GARCIA MERLANO, Secretario.

Magistrados: Doctores RAMIRO ARAUJO GRAU
EFREN OSEJO PEÑA
CARLOS PELAEZ TRUJILLO
LUIS CARLOS ZAMBRANO

Relator: Dr. ALBERTO MALO BAÑOS

Julio de 1959.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR ALBERTO MALO BAÑOS

RELATOR DE LA CORTE

TOMO XCI - BOGOTA, COLOMBIA. Julio DE 1959 Número 2214

SALA DE CASACION CIVIL

CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. — LOS PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LA FORMACION DE LOS CONTRATOS Y OBLIGACIONES DE DERECHO CIVIL, ETC., SON APLICABLES A LOS CONTRATOS Y OBLIGACIONES MERCANTILES, SALVAS LAS MODIFICACIONES QUE ESTABLECEN LAS LEYES ESPECIALES DE COMERCIO. — EL CONTRATO DE SEGURO NO PUEDE INTERPRETARSE EN SU PARTE DISPOSITIVA NI EN SU PARTE ENUNCIATIVA, SINO CON FUNDAMENTO EN EL MISMO, MIENTRAS NO SE VIOLEN PRINCIPIOS DE MORAL O DE ORDEN PUBLICO. — CADUCIDAD DEL CONVENIO. — REHABILITACION DEL CONTRATO. — QUE DEBE ENTENDERSE POR DECLARACIONES INEXACTAS Y QUE POR DECLARACIONES RETICENTES DEL ASEGURADO. — ALCANCE DEL ARTICULO 22 DE LA LEY 105 DE 1927. — EL HECHO DE QUE LA COMPAÑIA NO HAGA PRACTICAR EXAMEN MEDICO O EL DE QUE EL RESULTADO DE ESTE EXAMEN SEA FAVORABLE AL ASEGURADO, NO EXIME A ESTE DE LA OBLIGACION DE RESPONDER CON SINCERIDAD AL INTERROGATORIO QUE LA COMPAÑIA LE HAGA ACERCA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE SU SALUD

1.—Nacidas las obligaciones pactadas entre el asegurador y el asegurado del convenio que recoge la póliza y, aceptadas las modalidades típicas que la ley establece como esenciales para la existencia de ese contrato (asegurador, asegurado, prima y riesgo), las partes contratantes, con sólo la limitación que imponen principios superiores de ética o de orden público, pueden aún, prescindir del obedecimiento de normas reguladoras exclusivamente del interés privado. El pacto así celebrado es, en virtud de la autonomía de la voluntad, ley para los contratantes (artículos 15, 16 y 1.602 del Código Civil). Sin que pueda argüirse prevalencia del artículo 668 del Código de Comercio, sobre la voluntad de los firmantes de la póliza, porque, por mandato del artículo 182 ibídem, los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil, etc., son aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles, salvas las modificaciones que establecen las leyes especiales de comercio y, porque además, de manera expresa y muy directa para el contrato de seguro, el artículo 14 de la Ley 27 de 1888, dispuso: "Las disposiciones del Código de Comercio se aplicarán a los

contratos de seguros en tanto que los contratantes no hayan estipulado expresamente otra cosa".

2.—No podría interpretarse el contrato de seguro en su parte dispositiva ni en su parte enunciativa, tanto a la luz del artículo 182 del Código de Comercio que prevé la integración de normas de derecho civil en lo atinente a la formación de los contratos mercantiles, ni menos en presencia del artículo 14 de la Ley 27 de 1888, sino con fundamento en el contrato mismo, mientras no se violen principios de moral o de orden público. Y como el contrato de seguro define el plazo en que el asegurado debe cubrir cada uno de los contados o cuotas integrantes de la prima pactada, el incumplimiento, vencido aún el plazo de gracia, produce la caducidad del convenio, sin que pueda válidamente afirmarse que las partes carecen de libertad contractual para regular esos extremos.

Pero si fuere posible sostener que "el artículo 668 gobierna el contrato de seguro, incide sobre él y es de forzosa aplicación inclusive contra expresas condiciones de la estipulación contractual", la aplicación de esa norma de la ley mercantil, no podría hacerse sino mientras subsista el contrato de seguro, o sea, cuando haya una situación contractual vigente, y no en casos en que el contrato caducó por falta de pago oportuno.

Vencido aún el plazo de gracia convenido en la póliza por la no ejecución de determinado acto obligatorio para el asegurado, en orden a mantener la vigencia del convenio, por imperio de cláusulas contractuales expresas, el contrato caduca y pierde su vigencia. Y como el artículo 670 del Código de Comercio, sustrae a la responsabilidad de los aseguradores la obligación de pagar el siniestro, cuando concedido un término de gracia para el pago de la prima no se cumple con ese compromiso, es claro que, aún de no existir en la póliza las cláusulas relativas a esos extremos, la ley comercial tampoco haría posible exigir a la compañía aseguradora el pago de un siniestro ocurrido después de vencido el plazo de gracia.

3.—"En la formación del contrato de seguro adquieren relevancia particular los eventuales vicios de la voluntad del asegurador, o sea, el error sustancial en que el asegurador puede incurrir por el hecho del contratante, y que hace anulable el contrato. También el error espontáneo de él, siempre que sea sustancial, conduce a la anulabilidad del contrato; sin embargo, la ley ha contemplado especialmente el dolo y la culpa grave del contratante.

"Tal comportamiento es considerado como hecho que provoca el error del asegurador, cuando consista:

"a) En declaraciones inexactas o en reticencias, o sea en hechos, de ordinario, dolosos (o debidos a culpa grave), pero que son eficientes, a los fines del artículo 1.892, aun cuando no se concreten en verdadero y propio engaño, o dolo positivo, y se limiten a la mala fé; o bien, respectivamente,

"b) En la omisión de declaraciones debidas.

"En el primer caso, hay un error (del asegurador); en el segundo, una reticencia del contratante, que provoca el error del asegurador.

"Por tanto, no en todo caso, el error del asegurador es causa de anulación del contrato; lo es, solamente cuando el asegurador no habría consentido en el contrato, o habría consentido en él en condiciones diversas, si hubiese conocido el verdadero estado de las cosas; en otras palabras, cuando el presupuesto en que el asegurador se ha fundado, haya sido sustancial.

"Se deduce de ello que, en grado mayor que en los otros contratos, el contratante está obligado a observar la buena fé —bajo el aspecto especial de carga de lealtad y veracidad— en las declaraciones hechas al futuro asegurador". (Messineo — Manual de Derecho Civil y Comercial — Tomo VI, pág. 165).

La Corte, al estudiar qué debe entenderse por declaraciones inexactas, y qué por declaraciones reticentes del asegurado, dijo lo siguiente:

"En el primer caso están las declaraciones falsas, es decir, aquellas en que el asegurado, a sabiendas, altera las circunstancias que influyen sobre la apreciación de los riesgos: y las declaraciones erróneas, es decir aquellas en que el asegurado sufre un error acerca de sus circunstancias y declara ese error. En el segundo caso están las declaraciones en que el asegurado no altera a conciencia

o por error, la verdad de los hechos, sino que omite u oculta alguna circunstancia que, conocida, hubiera podido retraer al asegurador de asumir el riesgo. Esta reticencia que origina la nulidad del contrato, debe, necesariamente, referirse a circunstancias conocidas por el asegurado". (LXXVIII, pág. 168).

4.—Al analizar el alcance del artículo 22 de la Ley 105 de 1927, la Corte fijó su pensamiento así: "El sentido del artículo 22 de la Ley 105 de 1927, es que si la compañía de seguros de vida no toma la precaución de hacer practicar un examen médico, debe entenderse que quiere asumir todos los riesgos que resulten de la mala salud del asegurado. ¿Pero qué decir en el caso de que tal examen se ha practicado y el dictamen del médico sea favorable?. Podría suponerse, en efecto, que si, cuando no se hace practicar el examen debe presumirse que la compañía asume todos los riesgos resultantes de la mala salud del asegurado, con mayor razón debe entenderse que los asume cuando el examen se practica y de él resulta que el asegurado tiene buena salud. Pero esta última interpretación no tendría fundamento. Porque si la compañía no toma aquella precaución, es racional entender que no se preocupa, para asumir los riesgos del estado de salud del asegurado; pero si los toma, no hay razón alguna para aquella presunción, y no habría por qué negarle, en esta última hipótesis, el derecho de probar que, a pesar del dictamen médico, el asegurado tenía mala salud y lo ocultó, con mucha mayor razón cuando ha sido interrogado sobre determinadas circunstancias que debían servir a la compañía para conocer ese estado de salud y, por tanto, para medir la extensión de los riesgos que iba a asumir".

"Y aún en el caso de que no haga practicar el examen, si la compañía interroga al asegurado acerca de determinadas circunstancias de su salud, este interrogatorio demuestra que ella defiere al dicho de aquél sobre esas circunstancias y, por consiguiente, su consentimiento en asumir los riesgos, está, en ese caso, todavía más condicionado a la sinceridad de las respuestas. Se concluye, pues, que el hecho de que la compañía no haga practicar el examen médico o que el dictamen sea favorable al asegurado, no exime a éste de la obligación de responder con sinceridad al interrogatorio que aquélla le haga acerca de las circunstancias de su salud" (G. J. LXXVII, pág. 174).

El tratadista Vivante afirma, "que la declaración errónea es causa de nulidad aunque el asegurado la haya hecho de buena fé, ignorando la verdad, aunque su error hubiera sido enteramente justificado: en efecto, como el riesgo real es distinto del declarado, el consentimiento del asegurador está viciado, y puede éste liberarse de él".

"Por el contrario, la reticencia que produce la nulidad debe referirse necesariamente a circunstancias conocidas por el asegurado. Si calla circunstancias que le son conocidas y que influyen sobre la opinión del riesgo, el contrato es nulo, aunque las haya callado sin intención dolosa, por mera negligencia o en la errónea apreciación de que fueron indiferentes.

"El asegurador deberá probar, por tanto, no sólo que la circunstancia callada podía influir en la apreciación del riesgo, sino también que la conocía el asegurado, ya que la culpa o el dolo nunca se presumen" (Derecho Comercial. Tomo 14, pág. 263).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 27 de agosto de 1956, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Nui viuda de Nishi contra "Panamerican Life Insurance Company", representada en Colombia por el señor Harold Miguel Planas.

ANTECEDENTES

El señor Kenichi Nishi celebró con la Compañía citada el contrato de seguro de vida de que da cuenta la póliza número 492.107, expedida el 7 de noviembre de 1950, y constituyó como beneficiaria a la actora de este juicio, señora Nui de Nishi. Consta en la póliza el pago de la suma de $ 3.917.50, monto y valor de la primera prima anual.

Al vencerse el plazo para pagar la segunda, o

sea el 7 de noviembre de 1951, el asegurado no hizo el abono correspondiente al segundo año de vigencia del contrato, por lo cual la Compañía, en carta de 21 de febrero de 1952, pone en conocimiento del asegurado que su póliza está caducada y le advierte que está lista a estudiar su rehabilitación, previo el cumplimiento de requisitos que en la misiva se ponen de presente. El día 1º de marzo de 1952 el señor Alberto Nishi abonó en la cuenta corriente de la Compañía "Panamerican Life Insurance Company", en el Banco Comercial Antioqueño —Sucursal de Palmira—, la cantidad de $ 3.917.50, por cuenta del señor Kenichi Nishi y "para cancelar el recibo de noviembre 7 de 1951, póliza 492-107", según dice el recibo del Banco. Con base en el pago anterior, el agente autorizado de "Panamerican Life Insurance Company" en la ciudad de Cali, con fecha 6 de mayo de 1952, expidió recibo oficial, cuyo texto dice: "Recibimos del señor Kenichi Nishi, la suma de tres mil novecientos diecisiete pesos con cincuenta centavos moneda corriente, valor de la prima anual de 11 de noviembre de 51 al 11 de noviembre de 52, de su póliza de vida número 492-107". El día 10 de mayo de 1952, falleció el asegurado en la ciudad de Cali. Por razón de la muerte de Kinichi Nishi, su cónyuge doña Nui, beneficiaria expresa de la póliza, adquirió el derecho de percibir de la Compañía el valor total del seguro de vida, convenido en la suma de $ 50.000.00, sin que hasta la fecha de la demanda la Compañía hubiese hecho el pago pactado, con lo cual ha violado los términos del seguro, y esa falta de pago ha ocasionado perjuicios a la beneficiaria.

Son estos, en síntesis, los hechos expuestos en el libelo y fundamento de peticiones que, resumidas, son las siguientes:

Que la Compañía "Panamerican Life Insurance Company" está obligada a cumplir el contrato de seguro antes relacionado; que la Compañía demandada está obligada a pagar a la actora del juicio, en su condición de beneficiaria expresa del seguro, la cantidad de $ 50.000.00, más los intereses legales de dicha suma, computados hasta la fecha en que el pago se realice; que la misma Compañía debe pagar en favor de la demandante los perjuicios civiles sufridos por ella, cuyo monto lo estima en la suma de $ 20.000.00. Subsidiariamente, se pide pago de los perjuicios que procesalmente aparecieren demostrados. Igualmente se solicita condenación en costas.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, resolvió la primera instancia del litigio en el sentido de declarar probada la excepción de nulidad del seguro propuesta por la Compañía demandada; rescindido el contrato referido; y ordenó, en consecuencia, pagar a la parte demandante, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la suma de $ 3.917.50, valor de la prima de rehabilitación recibida por la Compañía, y sus intereses corrientes desde el día de la muerte del asegurado, 10 de mayo de 1952, hasta cuando se verifique el pago; y condenó en costas a la parte demandante.

El Tribunal Superior de Bogotá, al resolver la segunda instancia del juicio, reformó la sentencia de primer grado y absolvió a la Compañía demandada de la totalidad de los cargos de la demanda; ordenó reembolsar a la demandante, seis días después de la ejecutoria de su sentencia, el valor de la prima de rehabilitación del seguro y sus intereses corrientes desde el día de la muerte del asegurado; y condenó en costas a la parte actora.

LA ACUSACION

Se ataca la sentencia de segunda instancia por tres cargos, así:

Dos por violación de la ley sustantiva por falta de aplicación y, el tercero, por violación de la ley sustantiva por error de derecho en la apreciación de la prueba.

Cuanto a los dos primeros se señalan como violadas las siguientes disposiciones: 634, 666, 668, 669, 670 y 674 del Código de Comercio, 1.602, 1.603, 1.613, 1.615 y 1.617 del Código Civil y los artículos 22, 23 y 25 de la Ley 105 de 1927.

El recurrente desarrolla sus cargos en lo relativo a violación de ley sustantiva por falta de apreciación, de esta manera:

"Nos encontramos, honorables Magistrados, en presencia de un contrato de seguro de vida válidamente celebrado entre dos personas legalmente aptas para integrar la relación contractual. Sobre la existencia misma del contrato acreditada en este proceso con los medios probatorios establecidos por la ley; sobre el pago verificado por el asegurado del valor de dos primas anticipadas correspondientes a dos períodos anuales; sobre el hecho físico y jurídico del fallecimiento de la persona asegurada y sobre la circunstancia de figurar la esposa del fallecido como beneficiaria única y expresa de la prestación a cargo de la Compañía, no hay disparidad de criterio entre

las dos partes contendientes. Son presupuestos establecidos probatoriamente sobre los cuales ciertamente no versa la controversia planteada entre las dos partes".

"La violación flagrante de la ley sustantiva por parte de la sentencia recurrida surge de las siguientes consideraciones:

"La demora del señor asegurado en cubrir el valor de la segunda cuota anticipada sirvió de base a la Compañía para adoptar por su solo arbitrio, las siguientes determinaciones: 1ª. Disponer la caducidad del seguro, 2ª Sugerir al asegurado la conveniencia de solicitar la rehabilitación de la póliza previo el pago de la prima anual anticipada y 3ª Disponer la devolución de la prima satisfecha por el asegurado setenta (70) días después de pagada ésta y veintitrés (23) días después de producirse el fallecimiento del mismo asegurado.

"Empero, la demora en el pago de la cotización anticipada pone a salvo por sí misma a la Compañía de la obligación de cubrir el valor del seguro pactado?. El no pago oportuno de la prima tiene por sí mismo el efecto de liberar al asegurador de la obligación condicional que es fundamento esencial del contrato?. Está en mora el asegurado que satisface su prima o cuota "anticipada" dentro del plazo en que el asegurador está corriendo con los riesgos?".

Para contestar estos interrogatorios el recurrente hace análisis de los artículos 182, 640, 665 y 668 del Código de Comercio, principalmente, y con relación al artículo 668, al cual atribuye mayor importancia, afirma que es "de forzosa aplicación inclusive contra expresas condiciones de la estipulación contractual"; que la demanda de la prima deja subsistente el seguro y que, "en el caso de autos la falta de pago de la prima por parte del asegurado, dio lugar a los siguientes desarrollos: a) La Compañía se abstuvo de demandar judicialmente la entrega de aquélla; se limitó a requerir extrajudicialmente al deudor mediante una nota concebida en términos convincentes y amables; b) La Compañía se abstuvo igualmente de entablar la acción rescisoria y la accesoria de perjuicios que contempla la ley; y c) Finalmente el asegurado se dispuso a pagar la prima no precisamente después de vencida la segunda anualidad del seguro sino dentro de dicha anualidad.

Respecto de rehabilitación del seguro afirma el recurrente: "El proceso de rehabilitación no es otra cosa que un término de gracia que la empresa aseguradora concede a sus abonados para obtener de ellos que se pongan al día en los respectivos pagos".

"Tales plazos de gracia ofrecen sus consecuencias legales y no podría ser de otra manera, pues sería aberrante que el suscriptor de una póliza atendiera los requerimientos del asegurador entregando a éste los valores que constituyen la prima, y luégo quedara, abandonado de la mano de la ley, al arbitrio absoluto y excluyente de la parte poderosa que obra en el contrato".

El argumento anterior tiene para el recurrente claro fundamento en el artículo 670 del Código de Comercio Terrestre el cual reproduce, para concluír así: "En presencia de este categórico mandato del legislador nadie podrá explicarse cómo la sentencia materia del recurso extraordinario que sustento, haya podido promulgarse con tan cabal desconocimiento de su contenido".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Los cargos formulados en la demanda de casación parten de la base de la vigencia del contrato de seguro pactado en la póliza número 492-107 entre la Panamerican Life Insurance Company y el señor Kenichi Nishi y, por eso, se afirma falta de aplicación de disposiciones sustanciales que rigen los contratos de seguros. Por lo cual, para el buen entendimiento del problema, es necesario destacar determinadas circunstancias demostradas en el proceso, como son las siguientes:

a) El contrato de seguro se perfeccionó por medio de la póliza citada, el 7 de noviembre de 1950, "en consideración al pago adelantado de tres mil novecientos diecisiete y 50/100 pesos el cual constituye la primera prima anual y mantendrá esta póliza en vigor durante el período que termina el día siete de noviembre de 1951, y también el pago de una suma igual en o antes del día siete de noviembre de cada año de allí en adelante hasta que las primas de veinticinco años completos hayan sido pagadas, o hasta la muerte del asegurado, si ocurriere antes de dicho vencimiento;

b) Por razón de la cláusula anterior, la oportunidad de pago vencía el 7 de noviembre de 1951, sin computar el plazo de gracia;

c) De acuerdo con la cláusula "GRACIA EN EL PAGO DE PRIMAS", "se concederá un mes de gracia (no menos de treinta días) sin interés, durante el cual este contrato permanecerá en vigor, para el pago de todas las primas, excepto la

primera". El plazo de gracia, por tanto, venció el 7 de diciembre de 1951; y,

d) La póliza contiene cláusula expresa relativa al pago y, dice: "...Al no pagarse alguna prima a su vencimiento, o al no pagarse algún cheque, pagaré u otra obligación dada por ella, a su vencimiento o a su presentación, esta póliza, sin otro aviso, quedará nula y todas las primas ya pagadas quedarán a favor de la Compañía, a excepción de lo que esté estipulado aquí dentro".

Nacidas las obligaciones pactadas entre el asegurador y el asegurado del convenio que recoge la póliza y, aceptadas las modalidades típicas que la ley establece como esenciales para la existencia de ese contrato (asegurador, asegurado, prima y riesgo), las partes contratantes, con sólo la limitación que imponen principios superiores de ética o de orden público, pueden aún, prescindir del obedecimiento de normas reguladoras exclusivamente del interés privado. El pacto así celebrado es, en virtud de la autonomía de la voluntad, ley para los contratantes. (Artículos 15, 16 y 1.602 del Código Civil). Sin que pueda argüirse, como lo hace la demanda de censura, prevalencia del artículo 668 del Código de Comercio, sobre la voluntad de los firmantes de la póliza, porque, por mandato del artículo 182 ibídem, los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil, etc., son aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles, salvas las modificaciones que establecen las leyes especiales de comercio y, porque además, de manera expresa y muy directa para el contrato de seguro, el artículo 14 de la Ley 27 de 1888, dispuso: "Las disposiciones del Código de Comercio se aplicarán a los contratos de seguros en tanto que los contratantes no hayan estipulado expresamente otra cosa".

No podría interpretarse el contrato de seguro en su parte dispositiva ni en su parte enunciativa, tanto a la luz del artículo 182 del Código de Comercio que prevé la integración de normas de derecho civil en lo atinente a la formación de los contratos mercantiles, ni menos en presencia del artículo 14 de la Ley 27 de 1888, sino con fundamento en el contrato mismo, mientras no se violen principios de moral o de orden público. Y como el contrato de seguro definió el plazo en que el asegurado debía cubrir cada uno de los contados o cuotas integrantes de la prima pactada, el incumplimiento, vencido aún el plazo de gracia, según antes se vio al determinar esa situación, produjo la caducidad del convenio, sin que pueda válidamente afirmarse que las partes carecían de libertad contractual para regular esos extremos.

Pero si fuere posible sostener que "el artículo 668 gobierna el contrato de seguro, incide sobre él y es de forzosa aplicación inclusive contra expresas condiciones de la estipulación contractual", como lo afirma el recurrente, la aplicación de esa norma de la ley mercantil, no podría hacerse sino mientras subsista el contrato de seguro, o sea, cuando haya una situación contractual vigente, y no en casos como éste en que el contrato caducó por falta de pago oportuno, consecuencia aceptada por el asegurado, al someterse a las condiciones de la Compañía con fines de rehabilitar el seguro. Ni puede aceptarse para el caso en estudio que, la demanda de la prima deja subsistente el seguro, porque, por razón de la caducidad del contrato no hubo demanda de prima sino que fue insinuada la rehabilitación, como claramente se lée en la carta que la Compañía dirigió al asegurado, cuya letra dice:

"En estos momentos su póliza de vida tiene solamente un poco tiempo de caducada, pero esto no es tan serio como pueda parecer a primera vista La Compañía está lista para **estudiar la rehabilitación de su póliza con todos los privilegios, y el único requisito es que nos devuelva el aviso de caducidad adjunto, firmado al respaldo, y nos remita el valor de la prima vencida.** Si no dispone de esta suma en la actualidad, le rogamos escribirnos informándonos de su problema, y estamos seguros que podremos sugerirle una solución a sus dificultades, y que no nos guía otro interés distinto al de ayudarle". (Rayas de la Sala).

Pero el recurrente hace especial insistencia en su demanda sobre la obligación en que estuvo el Tribunal de aplicar al caso controvertido los artículos 668, 669 y 670 del Código de Comercio.

Afirma "la integridad del contrato y no exoneración en modo alguno al asegurador de su obligación de pagar el seguro"; que "el proceso de rehabilitación no tiene fuerza suficiente para violentar el mandato contenido en el artículo 668 ni eficacia para librar al asegurador de su responsabilidad originada del contrato". Y concluye: "El proceso de rehabilitación no es otra cosa que un término de gracia que la empresa aseguradora concede a sus abonados para obtener de ellos que se pongan al día en los respectivos pagos. Tales plazos de gracia ofrecen sus consecuencias legales y no podría ser de otra manera, pues sería aberrante que el suscriptor de una póliza

atendiera los requerimientos del asegurador entregando a éste los valores que constituyen la prima y luégo quedara, abandonado de la mano de la ley, al arbitrio absoluto y excluyente de la parte poderosa que obra en el contrato".

Sin embargo de haber distinguido en parte anterior de esta sentencia la situación de hecho que el caso ofrece, en virtud de la caducidad del contrato de seguro, y estudiado el alcance del artículo 668, respecto a los argumentos sostenidos por el recurrente, se observa:

No se opone el contenido del artículo 670 con lo dispuesto en el contrato de seguro. Al contrario, las cláusulas de la póliza desarrollan esa disposición. "Al no pagarse alguna prima, a su vencimiento, dice el contrato, o al no pagarse algún cheque, pagaré u otra obligación dada por ella, a su vencimiento o a su presentación, esta póliza, sin otro aviso, quedará nula y todas las primas ya pagadas quedarán a favor de la Compañía, a excepción de lo que está estipulado aquí dentro". Y esta otra: "Se concederá un mes de gracia (no menos de treinta días) sin interés, durante el cual este contrato permanecerá en vigor, para el pago de todas las primas, excepto la primera".

Vencido aún el plazo de gracia convenido en la póliza (siete de diciembre de 1951), por la no ejecución de determinado acto obligatorio para el asegurado, en orden a mantener la vigencia del convenio, por imperio de cláusulas contractuales expresas, el contrato caducó y perdió su vigencia. Y como el artículo 670 del Código de Comercio, sustrae a la responsabilidad de los aseguradores la obligación de pagar el siniestro, cuando concedido un término de gracia para el pago de la prima no se cumple con ese compromiso, es claro que, aún de no existir en la póliza las cláusulas relativas a esos extremos, la ley comercial tampoco haría posible exigir a la Compañía el pago de un siniestro ocurrido después de vencido el plazo de gracia. Lo cual pone de presente que la póliza está de acuerdo con norma expresa de la ley, si existiera vínculo contractual vigente al cual aplicarla que, como viene dicho, fue precisamente la caducidad del contrato, aceptada por el asegurado al firmar el formulario de rehabilitación (7 de marzo de 1952), lo que condujo a las partes contratantes a iniciar la etapa de redención del seguro.

Los mismos argumentos expuestos con relación a las disposiciones del Código de Comercio que el recurrente afirma violadas por el Tribunal, son pertinentes en cuanto sostiene violación de los artículos 23 y 25 de la Ley 105 de 1927, porque no se trata de aplicar a una situación contractual las disposiciones que la regulan, ni que por no cumplirlas se las hubiese infringido, sino, simplemente, que no se ha demostrado la existencia de contrato de seguro, sobre el cual esas disposiciones incidan.

Por eso se rechazan los dos cargos estudiados.

TERCER CARGO. (Segundo de la demanda).— Violación de los artículos 705 y 722 del Código Judicial que llevó al Tribunal a infringir el inciso 1º del artículo 681 del Código de Comercio Terrestre y el artículo 22 de la Ley 105 de 1927.

Para fundamentar su cargo transcribe el recurrente el inciso 1º del citado artículo y sobre él dice lo siguiente:

"El principio de la buena fé y la obligación del asegurado de mantener adecuadamente informado al asegurador de las circunstancias del riesgo explican el sentido de la disposición transcrita.

"El problema aparece cuando se trata de precisar cuál es la prueba legalmente apta para establecer en un caso determinado el aserto falso y malicioso del asegurado y las reticencias de éste, habida cuenta de que tanto la falsedad como la reticencia deben acreditarse en forma que no ofrezca la menor posibilidad de duda. Además, es principio incuestionable aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que la plena prueba del dolo o de las omisiones del asegurado debe presentarla el asegurador.

"En el caso sub-judice el H. Tribunal fallador encontró demostrada la reticencia del asegurado y apoyó su apreciación en las declaraciones de testigos que obran en el cuaderno número 2 del expediente.

"Pero, H. Magistrados, el estado patológico de un individuo puede acreditarse por medio de la prueba testimonial?". A continuación el recurrente desarrolla los argumentos que cree pertinentes para demostrar que el Tribunal incurrió en error para apreciar la prueba.

Por su parte el Tribunal, en el capítulo "rescisión del seguro" de la sentencia impugnada, hace detenido estudio del artículo 681 del Código de Comercio Terrestre, cita en su respaldo la jurisprudencia de la Corte con relación a ese artículo y concluye que el asegurado Kinichi Nishi al contestar el interrogatorio que la Compañía le sometiera, sabía el mal estado de su salud, según aparece de las declaraciones, principalmente, de los médicos Miguel Angel Escobar Castaño y

Mario Correa Rengifo, en lo cual coinciden, cuanto al diagnóstico, los médicos Antonio Lizarazo, Ismael Camacho y Luis Guillermo Bustamante, quienes trataron a Nishi, aunque no precisan exactamente las fechas en que le prestaron sus servicios.

Se considera:

Del párrafo de la carta de 21 de febrero de 1952, dirigida por la Compañía aseguradora al asegurado Kinichi, copiado al estudiar los otros cargos de la demanda de casación, se infiere que la Compañía, insinuó la rehabilitación del seguro, no para aceptarla incondicionalmente, sino, simplemente "para estudiarla", como se lée en el siguiente aparte:

"La Compañía está lista para estudiar la rehabilitación de su póliza, con todos sus privilegios, y el único requisito es el que nos devuelva el aviso de caducidad adjunto, firmado al respaldo, y nos remita el valor de la prima vencida". La Compañía se obligó simplemente a estudiar la rehabilitación, previo el cumplimiento de requisitos que allí se fijaron, entre ellos, el de firmar el aviso de caducidad adjunto. Tal aviso se firmó el 17 de marzo de 1952, previa contestación de interrogatorios impresos que la Compañía sometió al asegurado. En la parte final del interrogatorio el asegurado aceptó que la rehabilitación sólo tendría lugar cuando la Compañía haya aprobado la solicitud y los gastos hayan sido endosados a la Compañía o a su Agente autorizado. Igualmente, Kinichi certificó que las declaraciones dadas por él son cabales, completas y verdaderas. Dice así ese documento: "Yo, el infrascrito, por este medio certifico que las declaraciones arriba citadas son cabales, completas y verdaderas y se tomarán como una enmienda a mi solicitud original y formarán parte del contrato con la Compañía.

Convengo que mi aceptación de cualquier contrato, emitido en virtud de esta solicitud constituirá una ratificación de cualesquier cambios hechos por la Compañía y anotados en el espacio "para endoso de la oficina principal" y que ningún contrato será efectivo a menos que y hasta que la Compañía haya aprobado esta solicitud y todos los gastos hayan sido pagados a la Compañía y a su Agente autorizado".

En los interrogatorios se le preguntó al asegurado, entre otras cuestiones, si ha tenido tuberculosis alguno de los miembros de su familia o de los que viven en su casa; si tiene buena salud en la actualidad, y se le pidió que indique todas las enfermedades o dolencias para las cuales haya consultado a un médico en los últimos diez años. A la primera contestó que no, a la segunda que sí y a la tercera que gripe-varicela.

Desde luego, el artículo 681 del Código de Comercio soluciona situación contractual vigente, pues establece la posibilidad de rescisión del contrato por las causales allí establecidas. No se trata de ese supuesto aquí porque el contrato había caducado, sino, propiamente, de saber si el contrato se rehabilitó.

Ya se vio que la carta de la Compañía dirigida al asegurado es puramente condicional y que, tales condiciones, las aceptó el asegurado.

"En la formación del contrato de seguro adquieren relevancia particular los eventuales vicios de la voluntad del asegurador ,o sea, el error sustancial en que el asegurador puede incurrir por hecho del contratante, y que hace anulable el contrato. También el error espontáneo de él, siempre que sea sustancial, conduce a la anulabilidad del contrato; sin embargo, la ley ha contemplado especialmente el dolo y la culpa grave del contratante.

"Tal comportamiento es considerado como hecho que provoca el error del asegurador, cuando consista:

"a) En declaraciones inexactas o en reticencias, o sea en hechos, de ordinario, dolosos (o debidos a culpa grave), pero que son eficientes, a los fines del artículo 1.892, aun cuando no se concreten en verdadero y propio engaño, o dolo positivo, y se limiten a la mala fé; o bien, respectivamente.

"b) En la omisión de declaraciones debidas.

"En el primer caso, hay un error (del asegurador); en el segundo, una reticencia del contratante, que provoca el error del asegurador.

"Por tanto, no en todo caso, el error del asegurador es causa de anulación del contrato; lo es, solamente cuando el asegurador no habría consentido en el contrato, o habría consentido en él en condiciones diversas, si hubiese conocido el verdadero estado de las cosas; en otras palabras, cuando el presupuesto en que el asegurador se ha fundado, haya sido sustancial.

"Se deduce de ello que, en grado mayor que en los otros contratos, el contratante está obligado a observar la buena fé —bajo el aspecto especial de carga de lealtad y veracidad— en las declaraciones hechas al futuro asegurador" (Messineo—Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VI, pág. 165).

La Corte, al estudiar qué debe entenderse por declaraciones inexactas, y qué por declaraciones reticentes del asegurado, dijo lo siguiente:

"En el primer caso están las declaraciones falsas, es decir, aquellas en que el asegurado, a sabiendas, altera las circunstancias que influyen sobre la apreciación de los riesgos; y las declaraciones erróneas, es decir aquellas en que el asegurado sufre un error acerca de sus circunstancias y declara ese error. En el segundo caso están las declaraciones en que el asegurado no altera, a conciencia o por error, la verdad de los hechos, sino que omite u oculta alguna circunstancia que, conocida, hubiera podido retraer al asegurador de asumir el riesgo. Esta reticencia que origina la nulidad del contrato, debe, necesariamente, referirse a circunstancias conocidas por el asegurado". (LXXVII, página 168).

Y al analizar el alcance del artículo 22 de la Ley 105 de 1927, que el recurrente afirma violado por el Tribunal en su sentencia, la Corte fijó su pensamiento, así: "El sentido del artículo 22 de la Ley 105 de 1927, es que si la Compañía de seguros de vida no toma la precaución de hacer practicar un examen médico, debe entenderse que quiere asumir todos los riesgos que resulten de la mala salud del asegurado. Pero qué decir en el caso de que tal examen se ha practicado y el dictamen del médico sea favorable?. Podría, suponerse, en efecto, que si, cuando no se hace practicar el examen debe presumirse que la Compañía asume todos los riesgos resultantes de la mala salud del asegurado, con mayor razón debe entenderse que los asume cuando el examen se practica y de él resulta que el asegurado tiene buena salud. Pero esta última interpretación no tendría fundamento. Porque si la Compañía no toma aquella precaución, es racional entender que no se preocupa, para asumir los riesgos, del estado de salud del asegurado; pero si los toma, no hay razón para aquella presunción, y no habría por qué negarle, en esta última hipótesis, el derecho de probar que, a pesar del dictamen médico, el asegurado tenía mala salud y lo ocultó, con mucho mayor razón cuando ha sido interrogado sobre determinadas circunstancias que debían servir a la Compañía para conocer ese estado de salud y, por tanto, para medir la extensión de los riesgos que iba a asumir".

"Y aún en el caso de que no haga practicar el examen, si la Compañía interroga al asegurado acerca de determinadas circunstancias de su salud, este interrogatorio demuestra que ella defiere al dicho de aquél sobre esas circunstancias y, por consiguiente, su consentimiento en asumir los riesgos, está, en ese caso, todavía más condicionado a la sinceridad de las respuestas. Se concluye, pues, que el hecho de que la Compañía no haga practicar el examen médico o que el dictamen sea favorable al asegurado, no exime a éste de la obligación de responder con sinceridad al interogatorio que aquélla le haga acerca de las circunstancias de su salud" (Ibídem).

El tratadista Vivante afirma, "que la declaración errónea es causa de nulidad aunque el asegurado la haya hecho de buena fé, ignorando la verdad, aunque su error hubiera sido enteramente justificado: en efecto, como el riesgo real es distinto del declarado, el consentimiento del asegurador está viciado, y puede éste liberarse de él".

"Por el contrario, la reticencia que produce la nulidad debe referirse necesariamente a circunstancias conocidas por el asegurado. Si calla circunstancias que le son conocidas y que influyen sobre la opinión del riesgo, el contrato es nulo, aunque las haya callado sin intención dolosa, por mera negligencia o en la errónea apreciación de que fueran indiferentes.

"El asegurador deberá probar, por tanto, no sólo que la circunstancia callada podía influír en la apreciación del riesgo, sino también que la conocía el asegurado, ya que la culpa o el dolo nunca se presumen" (Derecho Comercial. Tomo 14, pág. 263).

Según pruebas del expediente que el Tribunal analizó correctamente, aparece que los doctores Miguel Angel Escobar Castro y Mario Correa Rengifo examinaron a Kenichi el 1º y 2 de febrero de 1952 y que el segundo, por encontrar signos claros de una tuberculosis pulmonar "moderadamente avanzada", le formuló un tratamiento. Estos exámenes fueron anteriores a la aceptación de oferta de la Compañía de rehabilitar el seguro en cuyo texto afirmó el asegurado que durante los últimos diez años sólo ha consultado médico para enfermedades de gripe y varicela; que en la actualidad tiene buena salud y que, ninguno de los miembros de su familia o los que viven en su casa han tenido tuberculosis.

Todo lo anterior determina que aún en el caso o hipótesis de que el contrato se hubiera rehabilitado, sería rescindible de acuerdo con el artículo 681 del Código de Comercio. Pero la supuesta rehabilitación no se realizó porque la Compañía

no dio su visto bueno antes del fallecimiento del asegurado.

Por cuanto no hubo quebrantamiento por parte del Tribunal de las disposiciones citadas por el recurrente, se rechaza el cargo.

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 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en este negocio, de fecha 27 de agosto de 1956.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Arturo Tapias Pilonieta, Conjuez.—**Jorge Soto Soto**, Secretario.

REIVINDICACION DE CUOTA DETERMINADA PROINDIVISO DE UNA COSA SINGULAR. — EN LA REINVINDICACION DE CUOTA DE COMUNERO CONTRA COMUNERO SE DISCUTE PRIMERA Y PRINCIPALMENTE LA CALIDAD DE COPROPIETARIO Y EL ALCANCE DE SU DERECHO, POR MODO QUE EL PRONUNCIAMIENTO PREPARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DIVISORIA PARA LIQUIDAR LA COMUNIDAD. — INCONGRUENCIA

1.—Si en la medida de la cuota el derecho en comunidad se proyecta sobre todas y cada una de las partes integrantes del objeto, de la misma idea se desprende que si cada cuota por sucesión hereditaria o por cualquiera causa entra a la vez a pertenecer en común y proindiviso a varias personas, las subcuotas, aunque referidas mediatamente al todo, recaen de inmediato sobre aquello de que son fraccionamiento. Y cuando en concreto el derecho en comunidad se materializa en función de producir riqueza en mejoras de diversa índole que incorporan a la tierra el esfuerzo del hombre dentro de límites ostensibles para distinguir su heredad, el imperio de las normas resultaría ilusorio si por subdivisión de la cuota inicial perdiera la titularidad de reivindicar para sí mismo el dueño de una subcuota por la sola circunstancia de que fuese desposeído de las mejoras por el dueño de la subcuota o subcuotas restantes. En ese evento no estaría el derecho al servicio de la tranquilidad social por razones obvias.

Si el hecho posesorio no esá ajustado a derecho, durante el proceso ha de ceder ante las normas para que brille la justicia a la luz de la razón y al amparo de la equidad natural.

Cuando el interés jurídico radica exclusivamente en los comuneros de subcuota vinculada a la explotación económica de un terreno, no de manera indeterminable y abstracta, sino en concreto y sobre bases ciertas, fluye entonces la consecuencia de que el dueño de una de las subcuotas no está habilitado en derecho para absorber toda la cuota y su representación material sobre el terreno, de donde es nítida además la titularidad de los actores al reivindicar para sí y en la medida que tienen las subcuotas de su pertenencia. Situación diversa de aquélla en que un extraño a la comunidad poseyera alguna porción de los terrenos indivisos, pues que ya el comunero se vería precisado a pedir para la comunidad y legitimarse así en la causa en provecho de todos los partícipes con el fallo favorable o para soportar personalmente las consecuencias si fuere adverso.

Cuando el artículo 949 del Código Civil permite reivindicar una cuota determinada de una cosa singular, titulariza al comunero para perseguir la efectividad de su derecho contra toda persona que en concreto lo disfrute con el carácter de poseedor, como copropietario si lo fuere, o como extraño que pueda pretender mejor derecho.

En esa suerte de reivindicaciones de cuota de comunero contra comunero se discute primera y principalmente la calidad de copropietario y el alcance de su derecho, por modo que el pronunciamiento prepara el ejercicio de la acción divisoria para liquidar la comunidad.

Expresa o tácitamente señalada a los causantes la porción de la tierra común para su uso particular, ninguno de los causahabientes o de los copropietarios en general puede inquietar o desconocer esa posesión ni el modo como haya de quedar subdividida como consecuencia de la sucesión hereditaria.

2.—Cuando las resoluciones de la sentencia acusada están en armonía con lo pedido, alegado y probado y son congruentes con la intención de la demanda inicial y con la naturaleza jurídica de la titularidad deducida en juicio por los actores, el hecho de que el fallo fuera adverso al demandado no significa en modo alguno que el lazo jurídico procesal quedase mal desatado por el

pronunciamiento que, por lo demás, no es vinculatorio sino para las partes comprometidas en el litigio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, siete (7) de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

JOSE ANTONIO ESCUDERO y BLANCA MARGARITA RESTREPO MESA entablaron demanda reivindicatoria contra JOAQUIN EMILIO PEREZ TAMAYO sobre cuotas de $ 3.458.38 y de $ 669.48, respectivamente, en relación con avalúo de $ 14.000.00 recibido en el doble juicio sucesorio de los cónyuges Francisco José Restrepo y Trinidad Mesa por las mejoras delimitadas en el libelo y puestas en jurisdicción de los Municipios de Santa Rosa de Osos y Belmira con respaldo en un derecho de cinco pesos en la comunidad de **Tierradentro**, cuyos linderos también se determinan en la demanda inicial a tiempo en que hace las súplicas accesorias concernientes a frutos con tratamiento de mala fe para el poseedor.

Al desatar la primera instancia estimó el Juez Primero Civil del Circuito de Medellín que por versar la acción sobre cuota determinada de un predio que forma parte de otro predio indiviso de mayor extensión, ha debido reivindicarse no para los actores sino para la comunidad de **Tierradentro**, y en fallo del 12 de noviembre de 1957 declaró probada la excepción temporal de petición de modo indebido e impuso las costas a la parte actora, quien por apelación abrió el segundo grado del litigio.

En consideración a los títulos halló el Tribunal que se trata de derechos en común de los demandantes y del demandado con el mismo origen en la sucesión de los cónyuges Restrepo-Mesa sobre mejoras delimitadas con el nombre de **El Potrero** y adquiridas por los causantes a título de compra de un derecho de cinco pesos en la comunidad de **Tierradentro** con vinculación a esas mismas mejoras que se encuentran en poder de Pérez Tamayo con exclusión de los demandantes. Y así, con base en el artículo 949 del Código Civil, que permite reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, revocó el fallo de primera instancia para proveer con fecha 25 de marzo de 1958:

"PRIMERO. Declárase que el señor José Antonio Escudero es dueño en proindivisión con la señora Blanca Margarita Restrepo de Mesa (sic) y Joaquín Emilio Pérez Tamayo, de un derecho de $ 3.458.38 en relación a un avalúo de $ 14.000 sobre las mejoras existentes en el inmueble especificado en el hecho segundo de la demanda, el cual a su vez está incorporado en el que se especificó en el hecho primero de la misma.

"SEGUNDO. Igualmente se declara que la señora Blanca Margarita Restrepo Mesa es dueña en proindivisión con los señores José Antonio Escudero y Joaquín Emilio Pérez Tamayo de un derecho de $ 669.48 en relación a un avalúo de $ 14.000.00 dado a las mejoras especificadas en el hecho segundo de la demanda, con las mismas especificaciones a que se contrae la parte resolutiva anterior en el ordinal primero.

"TERCERO. Es de observarse que los linderos del inmueble poseído por el demandado Joaquín Emilio Pérez Tamayo, y en el que se encuentran las mejoras consistentes en rastrojeras, aberturas, montes, mangas, casa de bahareque y tejas de madera están ubicadas en el punto denominado **El Potrero** y se comprenden por los siguientes linderos según el ordinal segundo de la demanda....

"CUARTO. El demandado señor Joaquín Emilio Pérez Tamayo está en la obligación como poseedor de mala fé de pagar a los demandantes proporcionalmente los frutos naturales y civiles correspondientes a sus cuotas, frutos que hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la coposesión con el demandado, desde el momento en que éste entró en ocupación del inmueble en donde se contienen las mejoras.

"QUINTO. Su regulación se hará según el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial. Una vez liquidada la comunidad.

"SEXTO. No se declararon (sic) probadas las excepciones.

"SEPTIMO. No hay condenación sobre restitución según se dijo en la parte motiva y

"OCTAVO. No se condena en costas, por no haber recurrido en alzada la parte demandada".

EL RECURSO

El litigante vencido, Pérez Tamayo, interpuso el recurso de casación y ha formulado dos cargos: el primero como principal y el segundo con el inadecuado calificativo de subsidiario.

PRIMER CARGO. Está basado en la causal 1ª y se anotan como disposiciones violadas: "El artículo 343 del Código Judicial, norma medio, por no aplicación del mismo, debiendo hacerlo, lo que condujo a violar también las siguientes disposiciones: artículo 949 en concordancia con los artículos 946, 947, 950, 952, 964 del Código Civil por aplicación indebida, los artículos 762, 764, 765 768, 769 del Código Civil por falta de aplicación debiendo hacerlo; los artículos 2.322 y 2323 del Código Civil, por aplicación indebida; los dos anteriores y el 2.340 por falta de aplicación".

El recurrente se detiene en las escrituras allegadas al proceso y considera que lo adquirido en 17 de agosto de 1922 por la sociedad conyugal Restrepo-Mesa fue una acción de cinco pesos con sus correspondientes mejoras en la comunidad de **Tierradentro** determinadas por sus límites en el puntó de **El Potrero,** y que las adjudicaciones a Blanca Margarita Restrepo Mesa, José Antonio Escudero y Joaquín Emilio Pérez Tamayo al liquidar la herencia de los dichos cónyuges Restrepo-Mesa recaen sobre el mismo bien avaluado entonces en $ 14.000.00. Y añade la demanda:

"De lo anterior resulta que el H. Tribunal Superior de Medellín erró de hecho, en forma evidente, al apreciar las pruebas. Su yerro consiste en dar por probado que el predio **El Potrero** es un inmueble independiente, cuyos únicos propietarios son los demandantes y el demandado, y en considerar que en ese mismo inmueble están 'vinculados específicamente' sus derechos de cuota, olvidando que tales derechos recaen verdaderamente sobre una acción de cinco pesos, con sus correspondientes mejoras, en la comunidad de TIERRADENTRO, ubicada en los distritos de Santa Rosa y Belmira. No aparece por parte alguna que la dicha comunidad de Tierradentro haya sido dividida o se haya extinguido, como lo entiende tácitamente el Tribunal, y que, en consecuencia, **El Potrero** ya no forme parte de la misma.

"Parece ser que la cuota de cinco pesos sobre la comunidad de **Tierradentro,** que ahora pertenece a los dos demandantes y al demandado, se hubiese vinculado específicamente —quizás por convenio entre los primitivos comuneros— en el lote denominado **El Potrero,** de que se viene hablando. Pero aunque así fuera, ello no significaría que **El Potrero** forme una comunidad independiente, colocada en el interior de **Tierradentro,** porque ésta no se ha extinguido".

Y al puntualizar su acusación por error manifiesto de hecho dice que consiste en entender **El Potrero** como cosa singular en estado de indivisión, cuando en realidad **Tierradentro** es el bien sobre el cual existe el derecho de cuota reivindicable. Error que incide además, según la demanda, en considerar como únicos copropietarios de **El Potrero** a los litigantes Escudero, Restrepo Mesa y Pérez Tamayo, con desconocimieno del derecho de los demás comuneros de **Tierradentro.** Y en fin a considerar no probada la excepción de petición de modo indebido, a pesar de que "el comunero no puede reivindicar para sí un lote determinado de la cosa común, sino que debe hacerlo para toda la comunidad".

SE CONSIDERA:

1. No aparece que el sentenciador le diera a la titularidad de los demandantes contenido alguno en pugna con las escrituras aportadas al debate judicial. Ha entendido que el derecho de cinco pesos en la comunidad de **Tierradentro** a su turno pertenece por las respectivas cuotas proindiviso a los ahora litigantes con arraigo en las mejoras puestas dentro de límites conocidos en el sitio de **El Potrero.** Este planteamiento se encuentra muy lejos de contrariar la evidencia procesal y antes bien armoniza perfectamente con el contenido de la propia demanda de casación. Queda entonces al margen cualquier reparo por error manifiesto de hecho.

2. Si en la medida de la cuota el derecho en comunidad se proyecta sobre todas y cada una de las partes integrantes del objeto, de la misma idea se desprende que si cada cuota por sucesión hereditaria o por cualquiera causa entra a la vez a pertenecer en común y proindiviso a varias personas, las subcuotas, aunque referidas mediatamente al todo, recaen de inmediato sobre aquello de que son fraccionamiento. Y cuando en concreto el derecho en comunidad se materializa en función de producir riqueza en mejoras de diversa índole que incorporan a la tierra el esfuerzo del hombre dentro de límites ostensibles para distinguir su heredad, el imperio de las normas resultaría ilusorio si por subdivisión de la cuota

inicial perdiera la titularidad de reivindicar para sí mismo el dueño de una subcuota por la sola circunstancia de que fuese desposeído de las mejoras por el dueño de la subcuota o subcuotas restantes. En ese evento no estaría el derecho al servicio de la tranquilidad social por razones obvias.

Si el hecho posesorio no está ajustado a derecho, durante el proceso ha de ceder ante las normas para que brille la justicia a la luz de la razón y al amparo de la equidad natural. No interesa a la comunidad de **Tierradentro** ni a sus copropietarios en general lo que entre las partes del presente litigio acontezca con respecto a las mejoras de **El Potrero,** puesto que nada se disputa acerca de que esas mismas mejoras fueron puestas en el seno de aquella comunidad y en tierras que le pertenecen. El interés del litigio radica exclusivamente entre los comuneros de subcuota vinculada a la explotación económica de **El Potrero,** no de manera indeterminable y abstracta, sino en concreto y sobre bases ciertas: los linderos de **Tierradentro** que junto con sus demás determinaciones la individualizan como cosa singular; la cuota de cinco pesos sobre ella, materializada también por límites que objetivan **El Potrero** y por subcuotas precisas sobre su avalúo de $ 14.000.00 al liquidar la sucesión Restrepo-Mesa. Fluye entonces la consecuencia de que el dueño de una de las subcuotas no está habilitado en derecho para absorber toda la cuota y su representación material sobre el terreno, de donde es nítida además la titularidad de los actores al reivindicar para sí y en la medida que tienen las subcuotas de su pertenencia. Situación diversa de aquella en que un extraño a la comunidad poseyera alguna porción de los terrenos indivisos, pues que ya el comunero se vería precisado a pedir para la comunidad y legitimarse así en la causa en provecho de todos los partícipes con el fallo favorable o para soportar personalmente las consecuencias si fuere adverso.

3. Cuando el artículo 949 del Código Civil permite reivindicar una cuota determinada de una cosa singular, titulariza al comunero para perseguir la efectividad de su derecho contra toda persona que en concreto lo disfrute con el carácter de poseedor, como copropietario si lo fuere, o como extraño que pueda pretender mejor derecho.

En esa suerte de reivindicaciones de cuota de comunero contra comunero se discute primera y principalmente la calidad de copropietario y el alcance de su derecho, por modo que el pronunciamiento prepara el ejercicio de la acción divisoria para liquidar la comunidad.

En la sujeta materia del pleito tanto los demandantes como el demandado derivan su condición de comuneros de la misma fuente como sucesores de quienes pusieron las labranzas. Ninguno de los causahabientes puede pretender excluír a los otros de aquello en que se exterioriza y objetiva la cuota de cinco pesos en el común de **Tierradentro,** que respaldó la fundación económica de **El Potrero** hecha por los causantes. Es forzoso admitir entonces que los actores reivindican bien y legitimados contra el causahabiente que posee por el todo, con exclusión de sus copartícipes que en tal forma se verían privados de las ventajas legales que para el comunero se desprenden de la posesión, especialmente en cuanto a frutos y a las prerrogativas de adjudicación a tiempo de liquidarse la comunidad.

Expresa o tácitamente señalada a los causantes la porción de la tierra común para su uso particular, ninguno de los causahabientes o de los copropietarios en general puede inquietar o desconocer esa posesión ni el modo como haya de quedar subdividida como consecuencia de la sucesión hereditaria.

Por todo lo cual el cargo no está llamado a prosperar.

SEGUNDO CARGO. Está referido a incongruencia entre el fallo y las pretensiones deducidas por los litigantes, y alega que las súplicas iniciales contemplan la restitución de cuotas de dominio sobre la finca conocida con el nombre de **El Potrero** por linderos específicos, en tanto que el sentenciador declara a los actores como dueños en proindivisión de derechos sobre mejoras existentes en el inmueble. La acusación anota que "una cosa es reivindicar el derecho de dominio de una cuota proindiviso sobre una finca territorial, debidamente singularizada por situación y linderos específicos, y otra muy distinta es declarar dominio de cuota sobre las **mejoras** en ella existentes, o sobre el valor dado a las mismas", para deducir más adelante que como el Tribunal se vio imposibilitado para declarar a los demandantes propietarios de cuotas en el inmueble de El Potrero por no estar fenecida la comunidad de **Tierradentro,** optó porque no se estaba "reivindicando el inmueble mismo, sino sus mejoras, con lo cual incurrió en flagrante incongruencia entre lo pedido por los actores y

la parte resolutiva del fallo". Dice por último que la sentencia lesiona los derechos de la comunidad de Tierradentro, que también los tiene sobre las mejoras y los frutos.

SE CONSIDERA:

El estudio del cargo anterior permite ver con claridad que las resoluciones de la sentencia acusada están en armonía con lo pedido, alegado y probado y son congruentes con la intención de la demanda inicial y con la naturaleza jurídica de la titularidad deducida en juicio por los actores. Que el fallo fuera adverso al demandado no significa en modo alguno que el lazo jurídico procesal quedase mal desatado por el pronunciamiento que, por lo demás, no es vinculatorio sino para las partes comprometidas en el litigio.

Acaso pudiera hallarse alguna discrepancia en terminología o quizás impropiedad de vocablos, pero no en cuanto al fondo mismo de la cuestión debatida.

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 25 de marzo de 1958 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 vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

José Hernández Arbeláez—Hernando Morales M.—Ignacio Escallón—Arturo C. Posada—Enrique Coral Velasco—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

LA APRECIACION PROBATORIA DE LOS FALLADORES DE INSTANCIA ES INTOCABLE EN CASACION MIENTRAS NO SE DEMUESTRE QUE SE HALLA AFECTADA DE ERROR DE DERECHO O DE ERROR DE HECHO MANIFIESTO. — LO QUE CONFIGURA EL ERROR DE HECHO, ES DAR POR ACREDITADO UN HECHO SIN LA EXISTENCIA DE LA PRUEBA O NEGARLO EXISTIENDO SU COMPROBACION RESPECTIVA EN EL PROCESO. — EL ARTICULO 697 DEL C. J., NO IMPIDE AL SENTENCIADOR VALORAR EL MERITO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CRITICA.—EL ARTICULO 210 IBIDEM ES UNA DISPOSICION DE CARACTER ADJETIVO CUYA VIOLACION NO DA LUGAR A RECURSO DE CASACION

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Ambalema, Tobías Carvajal, por medio de apoderado demandó a Miguel Sánchez Góngora para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que se declare resuelto por incumplimiento del demandado, el contrato de promesa de venta celebrado en esta ciudad el 24 de septiembre de 1956, entre esas partes.

"SEGUNDA. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a Miguel Sánchez Góngora a restituírle al actor, la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00), que éste le entregó como parte del precio estipulado, con sus intereses legales, computados desde cuando recibió esa cantidad, hasta cuando se verifique el pago y además la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) pactada como multa entre esos contratantes.

"TERCERA. Que se condene también al pago de las costas".

Los hechos afirmados por el demandante son en resumen los siguientes:

PRIMERO. Que por documento privado de fecha 24 de septiembre de 1956, Sánchez Góngora prometió vender a Tobías Carvajal y éste se comprometió a comprar la finca rural denominada "Las Brisas", ubicada en la fracción de Cunira Afuera, en el Municipio de Coello, junto con sus mejoras y comprendido dentro de los linderos expresados en el documento.

SEGUNDO. Que el precio fijado fue la suma de $ 26.000.00 que el promitente comprador pagaría así: $ 6.000.00 al firmarse el contrato y el resto a los noventa días contados desde la fecha del documento y dentro de ese mismo plazo se formalizaría la venta por medio de escritura pública.

TERCERO. Que según lo estipulado en la cláusula séptima el promitente vendedor entregaría materialmente el bien raíz materia del contrato por intermedio del señor Gilberto Luna Reyes al señor Tobías Carvajal, al día siguiente de firmarse el contrato de promesa, o sea el 25 de septiembre de 1956.

CUARTO. El demandado no cumplió con su obligación de hacer entrega del fundo prometido en venta en la forma convenida.

"QUINTO. Estipuló, además, por medio de la cláusula décima que quien incumpliera el contrato debería pagar al otro contratante la suma de $ 4.000.00".

En derecho fundó su demanda en el artículo 1.546 y 1.608 del Código Civil.

El demandado al contestar la demanda negó los hechos fundamentales de ella, y se opuso a que se hicieran las declaraciones allí impetradas.

Agotado el trámite de la primera instancia el Juzgado Civil del Circuito de Ambalema, por

sentencia de fecha veintiséis de octubre de mil novecientos cincuenta y siete, falló la litis, declarando probada la excepción de inepta demanda "sustantiva" alegada por el apoderado de la parte demandada sin hacer condenación en costas.

Apelada la anterior providencia por la parte demandante, el Tribunal Superior de Ibagué, por sentencia de fecha 5 de marzo de 1958, revocó la de primer grado y en su lugar dispuso:

"1º Declárase no probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda.

"2º Declárase resuelto, por incumplimiento del demandado Miguel Sánchez Góngora, el contrato de promesa de compraventa celebrado por éste, en su calidad de promitente vendedor, con Tobías Carvajal Pérez, como promitente comprador, en esta ciudad, el 24 de septiembre de 1956, sobre el fundo rural denominado "Las Brisas", el cual se encuentra ubicado en la fracción de Cunira Afuera, de la comprensión municipal de Coello, por los linderos de que da cuenta la demanda.

"3º Condénase al citado Miguel Sánchez Góngora a restituír en favor del actor Tobías Carvajal Pérez, la suma de $ 6.000.00 moneda corriente, que éste había dado a Sánchez Góngora a buena cuenta de la respectiva compraventa, más los intereses legales de esa cantidad, computados del 24 de septiembre de 1956 a la fecha en que se pague la cantidad principal y a lo cual queda obligado Sánchez Góngora, desde el momento mismo en que la presente providencia quedare en firme.

"4º Absuélvese al demandado Miguel Sánchez Góngora, de los demás cargos contra él formulados en el libelo".

No satisfecha la parte demandada con la anterior resolución, interpuso el recurso extraordinario de casación ante la Corte que ahora se decide por haberse cumplido con todas las formalidades de rigor.

* * *

LA DEMANDA

El recurrente acogiéndose a la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, formula en cinco capítulos su acusación contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, con fecha 5 de marzo de 1958. En la demanda, después de hacerse el resumen del litigio, el recurrente expone, como al efecto lo prescribe la ley para estos casos, los correspondientes motivos de violación de la ley sustantiva, no sin antes observar que se citan como infringidos preceptos que no tienen incidencia en esta litis. Se estudian dichos capítulos.

Cargos primero y segundo.

Dada la estrecha relación que guardan entre sí estos dos cargos, la Corte los estudiará conjuntamente. En el primero de ellos se acusa la sentencia por violación del artículo 697 del Código Judicial, por error de hecho y de derecho en que incidió el Tribunal al no haber estimado la prueba testimonial citada por el recurrente, y en ambos la acusación es por haberse aplicado indebidamente al caso del pleito los artículos 1.544 y 1.546 del Código Civil.

Para sustentar la violación del precitado artículo 697, dice así el recurrente:

"El Tribunal sentenciador guardó absoluto silencio respecto de las declaraciones de Víctor Cenén Domínguez y Marco Medina Puentes, que obran a folios 9 y 10 del cuaderno número 2 (Pruebas del demandado), en lo referente al hecho que se destaca de los siguientes pasajes de tales testimonios: Víctor Cenén Domínguez..... 'Me consta también a ciencia cierta que el señor Miguel Sánchez Góngora no ha ahorrado esfuerzo alguno para obtener que Gilberto Luna Reyes, su primitivo comprador, le haga entrega real y material de la finca de "Las Brisas" en la comprensión municipal de Coello y su último comprador señor Tobías Carvajal, y para ello ha gastado dinero en viajes, en abogado etc. etc....' Me consta porque lo he visto y presenciado que el señor Miguel Sánchez Góngora ha bregado sobre manera para obtener que Luna Reyes le entregue a Carvajal la finca tantas veces mencionada, sin obtener resultado satisfactorio, en dinero y en tiempo ha gastado bastante el señor Sánchez Góngora para conseguir tal cosa'.

"Marcos Medina Puentes..... 'También me consta que dicho señor Sánchez Góngora contrató los servicios de un abogado para iniciar contra Gilberto Luna la acción civil correspondiente sobre la entrega de la finca "Las Brisas", prometida vender a Tobías Carvajal, gestiones en las cuales ha estado invirtiendo tiempo y gastos de alguna consideración con el fin de que Gilberto Luna Reyes le entregue a Tobías Carvajal la finca atrás mencionada'. 'El señor Sánchez Góngora, casi siempre que ha hablado conmigo, me ha mencionado su preocupación por el negocio

que tiene de la finca de "Las Brisas" y que tanto a Luna Reyes como a Carvajal los ha citado para poner solución a ese asunto y que no ha sido posible que ellos lo atiendan'.

"Estos dos testimonios acreditan el hecho de que a raíz del contrato de promesa de venta materia de la litis, el prometiente vendedor manifestaba su preocupación porque Gilberto Luna Reyes cumpliera el encargo de entregar la finca objeto del contrato a Tobías Carvajal, y hacía esfuerzos en ese sentido.

"Ese hecho se relaciona directamente con el que es materia principal del proceso, y tiene también influencia en la decisión final, y a pesar de ello el Tribunal omitió apreciar los dos testimonios citados, en lo referente al hecho sobre que deponen los testigos, incurriendo de ese modo en error de hecho y de derecho. De hecho, en cuanto a la omisión misma, y de derecho en cuanto dejó de reconocer a los dos testimonios en refrencia el valor de plena prueba que les asigna el artículo 697 del Código Judicial".

La Corte considera:

Ante todo debe observarse que no es exacta la afirmación del recurrente cuando dice que "el Tribunal sentenciador guardó absoluto silencio respecto de las declarciones de Cenén Domínguez y Marco Medina Puentes", pues a una y a otra hace referencia el fallo recurrido en su parte motiva.

Pudo, ciertamente el Tribunal pretermitir el examen detenido de las referidas declaraciones, pero dicha omisión ni da margen para casar el fallo, ni menos aún, en el presente caso es generadora del pretendido error de hecho denunciado por el recurrente. Porque aun suponiendo que aquellas declaraciones, cuya parte pertinente reprodujo el mismo recurrente en su demanda de casación, tuviesen el mérito legal que a la prueba testimonial le reconoce el artículo 697 del Código Judical, habrían carecido de eficacia para modificar las conclusiones a que llegó el Tribunal en su fallo de instancia.

Y dice esto la Corte porque verificado el texto de las deposiciones de Domínguez y Medina Puentes, se advierte que aunque su intención probatoria hubiese sido demostrar que el demandado no incurrió en la infracción contractual a que ha dado origen este litigio, lo cierto es que aquéllas carecen del mérito suficiente, para formar la convicción judicial de que el demandado hubiese puesto de su parte el cuidado y la diligencia necesarios, para cumplir con su obligación de entregar la finca al actor del juicio, en la fecha que al efecto se señaló en la convención sobre promesa de venta.

A su vez, la parte demandante, quien probó durante la secuela del juicio haber cumplido con sus obligaciones contractuales, adujo varias pruebas, entre ellas la testimonial, para demostrar la infracción contractual en que incurrió el demandado en lo tocante a la entrega del inmueble.

El Tribunal refiriéndose a las declaraciones aportadas al debate por la parte demandante y después de haber hecho su correspondiente valoración probatoria, dijo lo siguiente:

"Obligación que Miguel Sánchez Góngora incumplió, según este mismo y su apoderado lo confiesa expresamente y lo ratifican los declarantes Sofonias Ocampo, (sic) Felipe Guayara, Pedro Rodríguez, Esteban Villanueva, Alcides Santa y Floro Perdomo.

"Siendo así que el demandado Miguel Sánchez Gógora, ni siquiera se ha quejado, de que su contraparte Tobías Carvajal, hubiera incumplido por su parte, ninguna de sus obligaciones.

"Y de lo cual se infiere que hay motivo suficiente, como para declarar la resolución de dicho contrato".

"Resuelto ese contrato de promesa de compra venta y volviendo las cosas a su estado anterior, al demandado le queda la obligación de restituír en favor del actor, la cantidad de seis mil pesos moneda corriente, que éste le había entregado a buena cuenta de la expresada compraventa, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.544 del Código Civil, más los respectivos intereses legales de dicha sumá".

La consideración anteriormente transcrita, que constituye en resumen, el soporte del fallo recurrido, la hizo el sentenciador después de haber realizado su tarea estimativa, de conformidad con las normas de la crítica jurídica, y aquella apreciación es intocable en este recurso, ya que el recurrente no logró demostrar en forma alguna que se hallase afectada de error de derecho o de error de hecho manifiesto.

En resumen, si de las declaraciones aportadas por la parte demandada no se deduce que Sánchez Góngora hubiese entregado la finca a Carvajal, ni tampoco tienen el suficiente mérito probatorio para demostrar la ausencia de culpa del demandado en la no entrega de la finca al demandante, es obvio, que no puede haber error de hecho en el caso sub-judice, pues ni se dio por acreditado un hecho sin la existencia de la prue-

ba, ni se negó existiendo su comprobación respectiva en el proceso, que es en síntesis, como lo ha dicho reiteradamente la Corte, lo que configura el llamado error de hecho. Y no habiendo tal error, no resulta infringido el artículo 697 del Código Judical, que de paso sea dicho, no tiene en ningún caso el rígido y absoluto alcance que pretende darle el recurrente, ya que la precitada norma no impide al sentenciador valorar el mérito de la prueba testimonial a la luz de los principios generales de la crítica.

En cuanto a la indebida aplicación al caso del pleito de los artículos 1.544 y 1.546 del Código Civil, de que se queja el recurrente, la Corte considera:

La primera de las normas citadas establece que cumplida la condición resolutoria deberá restituírse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, y la segunda enseña, que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Y justamente, por tratarse de un contrato bilateral que fue infringido por el demandado, según se probó plenamente durante el debate judicial, el sentenciador lo declaró resuelto dándole así cabal cumplimiento al artículo 1.546 del Código Civil, así como al condenar al demandado a restituír al demandante la suma de $ 6.000.00, que éste le había pagado como parte del precio del inmueble prometido en venta, no hizo otra cosa que aplicar correctamente el artículo 1.544, que de paso sea dicho, guarda estrecha relación con el inciso 1º del artículo 1.932 ibídem, de donde se deduce que no fueron indebidamente aplicadas las normas sustantivas a que alude el recurrente. No prospera la acusación.

Tercer cargo.

Lo formula el recurrente así:

"Para el evento improbable de que no prospere la demanda de invalidación total del fallo recurrido, pido atentamente que se invalide en cuanto por él se decretó el pago de intereses legales a partir del veinticinco de septiembre de 1956, sobre la cantidad de dinero que ordenó restituír por el demandado al demandante como consecuencia de la resolución del contrato.

"En esta condena al pago de intereses el Tribunal infringió por indebida aplicación al caso del litigio los artículos 1.544 y 1.617 ordinal 1º del Código Civil".

Los conceptos de tales violaciones se exponen así en la demanda:

"Con la condena a pagar intereses desde el 25 de septiembre de 1956 sobre la cantidad recibida por el prometiente comprador, infringió el Tribunal el artículo 1.544 del Código Civil, aplicando indebidamente más allá de sus precisos límites, toda vez que la restitución con base en dicho precepto legal ha debido limitarse a la cantidad recibida y nada más según queda demostrado.

"Y de la misma manera infringió el Tribunal el artículo 1.617 ordinal 1º del Código Civil, por indebida aplicación al caso del litigio, puesto que no hallándose el prometiente vendedor en mora de restituír la cantidad de dinero recibida, no era el caso de condenarlo a pagar interseses legales con base en dicho precepto legal".

No puede sostenerse con fundamento, que el sentenciador hubiere infringido "aplicándolo indebidamente más allá de sus precisos límites el artículo 1.544 del Código Civil", porque a sus términos se ciñó exactamente al condenar al demandado a devolverle al demandante la suma de $ 6.000.00 que éste le había entregado como parte del precio del inmueble prometido en venta, y si la expresada suma se hizo exigible desde la fecha en que el demandado infringió el contrato (artículo 1.608 ordinal 1º del Código Civil), era lógico que se condenase al demandado al pago de sus intereses legales desde el día en que tuvo lugar la infracción contractual. De lo expuesto se deduce que es infundada la acusación consistente en la violación por su indebida aplicación del artículo 1.544 del Código Civil, así como la infracción del artículo 1.617 ordinal 1º ibídem. Por lo expuesto se rechaza el cargo.

CUARTO CARGO

Lo formula así el recurrente:

"Igualmente acuso el fallo recurrido por infracción directa de la norma sustantiva de derecho contenida en el artículo 210 del Código Judicial, que dice:

" 'Si el demandante pide más de lo que se le debe el Juez sólo le declara el derecho a lo que pruebe que se le adeuda; y lo condena a pagar al demandado las costas que éste haya tenido que hacer por razón del exceso en la demanda, menos que acredite el demandante un justo motivo de error'.

"La infracción consistió en que habiendo pedido el demandante que se condenara al deman-

dado a pagarle la multa de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) según aparece de la segunda súplica de la demanda, y siendo improcedente aquella petición, como expresamente lo reconoció y lo declaró el Tribunal, ha debido cumplir el citado mandato legal, imponiendo al demandante el pago de las costas que el demandado haya tenido que hacer por razón del exceso de petición (plus petitio re). No lo hizo así, desobedeciendo dicho mandato, y de ese modo infringió de manera directa el precepto legal en referencia".

La Corte considera:

El artículo 210 del Código Judicial de cuya infracción se queja el recurrente, es una disposición de carácter adjetivo, pues se refiere al pago de las costas, y como sólo es la violación de la ley sustantiva la que puede dar lugar al recurso de casación, la Corte no encuentra procedente el cargo formulado.

QUINTO CARGO

Este cargo es por violación por su indebida aplicación al caso del pleito de los artículos 1.544, 1.546 y 1.608 ordianl 1º del Código Civil y también por violación de los incisos 3º y 4º del artículo 68 del citado código.

Para sustentar su acusación no aduce el recurrente, en realidad, argumentos distintos a los que expuso al formular el primer cargo de su demanda. Siendo esto así, y habiendo ya la Corte expresado en este fallo las razones por las cuales consideró que el Tribunal le había dado correcta aplicación a los precitados artículos 1.544, 1.546 y 1.608 ordinal 1º del Código Civil, no considera necesario examinar nuevamente ahora, un aspecto de la acusación que fue ya estudiada.

En cuanto a la violación de los incisos 3º y 4º del artículo 66 del Código Civil, dice el recurrente que el Tribunal para dictar su fallo no tuvo en cuenta el haber sido demostrada la ausencia de culpa por parte del demandado en la no entrega del inmueble materia de la promesa de venta.

La Corte considera:

El asunto que ahora se plantea fue ya también materia de estudio por parte de la Corte al examinar el primer cargo, y lo dicho en aquella oportunidad es suficiente para responder al reparo que sobre el particular formula el recurrente.

Por todo lo expuesto, se rechaza el cargo.

* * *

SENTENCIA:

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha cinco (5) de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio oridnario seguido por Tobías Carvajal contra Miguel Sánchez Góngora.

Costas a cargo del recurrente.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez — Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero— Jorge Soto Soto, Secretario.

LITISPENDENCIA. — EN QUE CONSISTE. — REQUISITOS PARA QUE ESTA SE CONFIGURE. — MOMENTO EN QUE SE TRABA LA RELACION PROCESAL.—COMO EL PLEITO PENDIENTE NO IMPLICA INCOMPETENCIA DE JURISDICCION, PUES LA LEY NO LO ELEVA A ESTA CATEGORIA, ES EVIDENTE QUE NO PUEDE ADMITIRSE COMO BASE DE CARGO FUNDADO EN NULIDAD PROCESAL. —ACCESION DE MUEBLE A INMUEBLE, LLAMADA INDUSTRIAL POR ALGUNOS TRATADISTAS. — DIVERSAS CLASES DE ESTA.—LA LEY DISTINGUE DOS HIPOTESIS DENTRO DE LA ESPECIE DE ACCESION INDUSTRIAL. — NO ES ADMISIBLE PROPONER SIMULTANEAMENTE RESPECTO A UNA MISMA PRUEBA, ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO. — CUANDO LAS PARTES NO HAN FACULTADO EXPRESAMENTE A SU APODERADO PARA CONFESAR, LA QUE ESTE HAGA EN SU ALEGATO DE CONCLUSION, NO CONSTITUYE CONFESION DE PARTE. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 694 DEL C. J. — RATIFICACION DE DECLARACIONES. — SU OBJETO. — PRUEBAS TRASLADADAS. — EN QUE CONSISTEN Y REQUISITOS PARA QUE TENGAN VALOR EXTERNO. — EN EL AUTO QUE ORDENA RECIBIR LOS TESTIGOS DE ABONO, NO ES MENESTER LA EXPRESION "CON CITACION DE LA PARTE CONTRARIA", PUES ELLA SE PRODUCE CON LA NOTIFICACION DE DICHA PROVIDENCIA. — LA INTERPRETACION DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES, ASI COMO LA DE LOS ACTOS Y CONTRATOS, ES LABOR PROPIA DEL JUZGADOR DE INSTANCIA, QUE PREVALECE EN CASACION, SALVO ERROR DE HECHO EVIDENTE. — DERECHO DE RETENCION.—SU DEFINICION. — PARA QUE ESTE SUBSISTA, ES ELEMENTO ESENCIAL QUE LA PERSONA A CUYO FAVOR LA LEY LO RECONOCE, NO HAYA PERDIDO LA POSESION O LA TENENCIA, SEGUN FUERE EL CASO, DE LA COSA SOBRE LA CUAL DEBE EJERCERLO. — INTERPRETACION ERRONEA Y FALTA DE APLICACION DE DETERMINADA NORMA. — EN QUE CONSISTEN. — TECNICA DE CASACION

1.—Para que la litispendencia se configure, es menester que haya una relación procesal en la cual se pretenda debatir la misma cuestión que es objeto del nuevo pleito, por igual causa y entre las mismas partes. Es decir, que exista un juicio anterior sobre la misma acción, tal cual lo dice el artículo 334 del Código Judicial.—Y para que exista el juicio es mentester la notificación de la admisión de la demanda a todos los demandados, que es el momento en que se traba la relación procesal. Antes puede haber demanda, pero no juicio, que es el requisito para que el pleito pendiente se produzca, por el aspecto analizado.

En la hipótesis de que la notificación a uno solo de los demandados tuviera fuerza para configurar la litispendencia, ocurre que ella no es motivo de nulidad en el nuevo proceso, ni por incompetencia de jurisdicción, ni por ninguna de las otras causales del artículo 448 del Código Judicial.—El pleito pendiente constituye excepción dilatoria. (Código Judicial artículo 330); y en los procesos donde no procede tal tipo de excepciones o en aquéllos en que procediendo no se propone, implica un motivo de acumulación, ya que ésta es pertinente. "Cuando son unos mismos los litigantes, una misma la acción y una misma la cosa litigiosa, y en general, cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro" (Art. 398, numeral 1º, ibídem).

Chiovenda enseña que la litispendencia quiere decir, en primer lugar, que pende una relación procesal con la plenitud de sus efectos, uno de los cuales es impedir la coexistencia de otra relación sobre la misma

cuestión sustancial. El pleito pendiente implica así la concurrencia de dos litigios al que asisten las mismas partes, sobre idéntico objeto y con base en igual causa. Por eso tiene estrecha relación con la cosa juzgada, mas se presenta entre los dos fenómenos esta diferencia: la cosa juzgada material impide una nueva sentencia sobre lo mismo que se falló antes; la excepción de litispendencia tiene carácter preventivo, pues impide el riesgo de que se forme contradictoriamente la cosa juzgada.

Por eso Calamandrei observa que desde que se constituye la relación procesal se crea entre los sujetos del proceso un estado jurídico denominado litispendencia, el cual significa entre otras cosas que las partes no son libres de dirigirse a otro Juez sobre idéntica cuestión, y que solamente dentro de la relación constituída se debe pronunciar la resolución de fondo.

Si el pleito pendiente no implica incompetencia de jurisdicción, pues la ley no lo eleva a esta categoría, es evidente que no puede admitirse como base de cargo fundado en nulidad procesal.

2.—En el artículo 739 del Código Civil se trata de la especie de accesión de mueble a inmueble llamada por algunos tratadistas industrial, porque no se debe a un hecho de la naturaleza, sino a un acto del hombre, derivado de su industria. La accesión industrial, es de dos clases: la plantación o siembra, por un lado y la edificación, por el otro, pero ambas se rigen por los mismos preceptos sustanciales.

Estos se guían por el principio general de que lo accesorio sigue a lo principal, estimándose como principal el suelo, cualquiera que sea su valor Dentro de la especie de accesión industrial, la ley distingue dos hipótesis, a saber: a) Que el dueño del terreno no hubiera tenido conocimiento de la edificación, plantación o sementera efectuada por otra persona; b) Que ésta haya edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno.

La Corte, refiriéndose a la edificación, distingue los dos eventos, así: "El Código Civil prevé dos casos en punto de edificación sobre el suelo ajeno: el de que el propietario no supiera que se edificaba en su heredad y el de que la obra fuese construída a ciencia y paciencia del propietario. En el primer caso, el dueño del terreno tendrá derecho a hacer suyo el edificio mediante ciertas indemnizaciones, o de obligar al que edificó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder. En el segundo caso, no puede recobrar el terreno sino pagando el valor del edificio. Entonces no se averigua cómo ha sido la fé del constructor. Hecho el trabajo a sabiendas del dueño y sin protesta suya, entiéndase que lo aceptó". (XLIV, 714).

Baudry Lacantinerie observa que en el segundo caso, no le es dado al dueño del terreno reivindicar las construcciones ni forzar al constructor a demolerlas, sino que se presenta una convención sui generis, en virtud de la cual el propietario del terreno autoriza al constructor para gozar de las obras, creándose para éste un derecho de superficie.

Desde luego, como dice la Corte, "conforme al artículo 739 del Código Civil, el que edificó, plantó o sembró en terreno ajeno, a ciencia y paciencia del dueño de éste, no tiene en verdad el derecho real de dominio sobre el edificio o plantación o sementera, sino el derecho a que el dueño del terreno le pague el valor de las mejoras, acompañado del derecho de retención del terreno y, por lo mismo, de lo edificado o plantado en él hasta que el valor de éstos sea satisfecho" (XXXIX, 60).

Por esta razón, la misma Corporación expresa: "La acción que tiene para reclamar el valor de la construcción el que ha edificado en terreno ajeno, es personal y no real. Esta acción, como todas las que tienen por objeto obtener el pago de una cantidad de dinero, debe dirigirse contra la persona obligada al pago, que en este caso no es siempre el actual poseedor del suelo que se haya edificado, sino la persona que al tiempo de hacer la edificación era dueña del terreno y adquirió la edificación accesoria" (XIX, 108).

Por los motivos anteriores, se deduce que quien pretenda hacer uso de la acción civil prevista en el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil debe pagar el valor del edificio, plantación o sementera, a quien hizo la mejora. Por lo mismo, éste puede demandar

al dueño del suelo para el consiguiente pago, siempre que demuestre los elementos de su pretensión que son: a) Que levantó determinado edificio, en su caso: b) Que dicho edificio fue construído en determinado terreno ajeno; c) Que la edificación se hizo a ciencia y paciencia del dueño del suelo.

3.—No es admisible proponer simultáneamente respecto a una misma prueba error de hecho y error de derecho, ya que ellos se excluyen entre sí. Desde el momento en que el sentenicador deja de apreciar una prueba, puede incurrir en error de hecho, porque desconoce un medio que obra en el proceso para acreditar determinada situación; pero desde que lo tiene en cuenta, de acuerdo con su tenor, queda eliminado el error de hecho, y sólo puede incurrir en error de derecho al asignarle un mérito distinto de aquél que la ley le da.

4.—Cuando las partes no han facultado expresamente a su apoderado para confesar, los alegatos de conclusión que éste formule, no constituyen confesión de parte. Su actuación no se halla comprendida dentro de las hipótesis en que la confesión perjudica al representado, ya que no se trata de la demanda, las excepciones, o las réplicas correlativas (C. J. Art. 607).

5.—Si bien el artículo 694 del Código Judicial, no está redactado con claridad, pues parece exigir en todo caso la ratificación de declaraciones recibidas en otro proceso, aunque a renglón seguido se refiere a las producidas en información sumaria, términos que resultan contradictorios, porque la declaración recibida sumariamente es la que se practica extrajuicio, sin citación de la presunta contraparte, al paso que la rendida dentro del juicio no puede ser sumaria, pues se recibe con citación de las otras partes, teniendo en cuenta el texto del artículo y sus fines, debe entenderse que la ratificación de los testigos fallecidos sólo es necesaria cuando éstos han declarado fuera de juicio, de nudo hecho, o cuando han declarado en juicio en que no figura como parte aquélla frente a la cual pretende aducirse la prueba en el nuevo proceso.

En efecto, la ratificación tiene por objeto que la prueba que se haya practicado sin conocimiento de la parte contraria pueda ser controvertida; que es elemento primordial en todo medio probatorio, pues da oportunidad para debatir la prueba misma en el momento de su producción, en este caso, a través del contrainterrogatorio y tacha. Se ve claro, entonces, que la ratificación sea indispensable si en el proceso en que se produjo la declaración no intervino como parte la persona respecto a la cual se trata de hacer valer el testimonio; pero no se explicaría la ratificación cuando éste se haya recibido en juicio en que ha sido parte quien tiene el mismo carácter en el proceso donde va a obrar dicha probanza.

En el último evento no es necesaria la ratificación, porque la prueba se practicó con citación de la parte contraria, vale decir que llega al segundo proceso conrovertida. En esta hipótesis se trata del fenómeno denominado traslado de pruebas, que es de recibo en forma expresa o implícita en la mayoría de las legislaciones.

6.—Se denominan pruebas trasladadas las que practicadas en un proceso se hacen valer después en otro. Para que ellas tengan valor externo se ha considerado fundamental que la parte frente a la cual se aducen haya tenido oportunidad de impugnarlas, dentro del proceso en que originalmente se produjeron.

7.—Cuando el auto que ordenó recibir los testigos de abono, no contiene la expresión "con citación de la parte contraria", es errado afirmar que la prueba se practicó sin dicha citación, pues, en primer término, ésta se produce con la notificación de la providencia que la decreta, y en segundo, en nuestro derecho no existen fórmulas sacramentales.

8.—La interpretación de las providencias judiciales, así como la de los actos y contratos, es labor propia del juzgador de instancia. Desde luego, puede éste incurrir en error de hecho y por tal aspecto habría entrada a casación; pero el alcance que el Tribunal asigna a las palabras de un acto o contrato o a las ordenaciones de un fallo judicial queda bajo su discrecionalidad, por lo cual la doctrina de la Corte ha sido reiterada en el sentido de que, salvo el error anotado, dicha interpretación prevalece en casación, aún en la hipótesis de que existan varias interpretaciones aceptables.

9.—El derecho de retención es el que tiene

un acreedor para conservar en su poder una cosa que pertenec y debía entregar al deudor, hasta que éste le pague la deuda, o en determinados casos se la asegure, a satisfacción. Nuestra ley no lo define expresamente, como lo hace la mayoría de las legislaciones extranjeras, pero varios artículos del Código Civil lo consagran, entre ellos el 739.

Mas para que exista dicho derecho es elemento esencial que la persona a cuyo favor la ley lo reconoce, no haya perdido la posesión o la tenencia, según fuere el caso, de la cosa sobre la cual debe ejercerlo. Por eso la Corte ha expresado: "De ahí que el artículo 739 empleó la expresión "para recobrarlo", de donde resulta que si el dueño de las mejoras no está ya en posesión de éstas, si ha salido del terreno, subsiste en el dueño de éste la obligación de pagarle la indemnización del caso, pero no subsiste en el que edificó, plantó o sembró, esa garantía, la retención del terreno, porque ya el dueño está en posesión de él y entonces aquella garantía es imposible. Para retener se necesita tener. Y lo anterior se aplica no sólo para el caso del artículo 739, sino para varios otros como a los que se refieren los artículos 859, 970, 1.995, 2.000, 2.188, 2.218 del C. C.···." (XLVII, 312).

Esto es apenas la consecuencia de que la retención no está acompañada de la potestad de persecución, por lo cual al perderse la posesión o la tenencia sobre la cosa, ella se hace inoperante, pues ya no hay objeto que retener. Otro es el caso de que hubiera existido despojo de la cosa, pues en tal evento el acreedor tiene las acciones especiales para recuperarla, pero no por razón del derecho de retención en sí mismo, sino como simple tenedor o poseedor (Código Judical, artículos 1.117 y 877).

10.—No se acomoda a la técnica de casación el cargo que aduce al mismo tiempo la interpretación errónea y la falta de aplicación de determinada norma que son fenómenos distintos, pues la primera consiste en hacer operar la ley adecuada al caso, pero en un sentido diverso de aquél que realmente tiene, mientras que la segunda se presenta cuando deja de aplicarse la norma que corresponde a la cuestión debatida con lo cual se la infringe directamente. Mal puede haber interpretación equivocada de una disposición que no se aplica, así como no puede presentarse falta de aplicación de un precepto mal interpretado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto el 13 de febrero de 1956, en el juicio ordinario promovido por Florentino Castro frente a Aníbal Guevara y a Arcesio, Ester, Amelia, Edelmira y Mercedes Castro.

ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales Florentino Castro demandó a las personas antedichas para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas: Que el demandante "por haber edificado el edificio a sus expensas, tiene derecho de retención sobre el inmueble y edificación que allí se levanta, y que por lo mismo estos señores, bien como representantes de las mortuorias de los causantes Eduardo Castro y Zoila Arellano, ora... de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de los mismos, ejecutoriado que sea el fallo deben restituírle el inmueble con su edificación" a que se refiere el hecho 13 de la demanda, o sea la casa número 6-26 de la carrera 5ª de dicha ciudad, por los linderos allí expresados, junto con sus frutos naturales y civiles, o el valor que se acredite en el juicio, "desde que se le privó de tal derecho hasta que se le haga la entrega o el pago". Agrega, que el pago del edificio, se puede garantizar a satisfacción del actor, y que de dicho pago, si los demandados optan por hacerlo en vez de restituír, debe deducirse la cuota correspondiente al demandante, "en cuanto él es también representante de las mismas entidades".

Como consecuencia, la demanda pide que se declare carente de eficacia, si aún subsistiere, el secuestro del referido inmueble practicado en el juicio de sucesión de Eduardo Castro y Zoila Arellano.

En subsidio, el actor solicita se condene a las sucesiones o a la sociedad conyugal ilíquida refe-

ridas, a pagarle el valor de la edificación que construyó y de los perjuicios sufridos por él por la práctica del secuestro y consiguiente violación del derecho de retención que invoca.

Por último, y en subsidio de lo anterior, suplica el mismo pago a cargo de los demandados "a prorrata de sus respectivos derechos herenciales" o en la sociedad conyugal ilíquida.

Las afirmaciones de la demanda se pueden sintetizan así:

1º Los demandados intervienen como interesados en el juicio de sucesión acumulado de Eduardo Castro y Zoila Arellano que cursa en el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales.

2º Por auto de 25 de noviembre de 1938 el Juzgado referido decretó el secuestro preventivo de los bienes relictos, medida que sólo se practicó el 5 de diciembre del mismo año, respecto de la casa objeto de esta litis.

3º Florentino Castro, quien habitaba tal inmueble, tuvo por ende, que entregarla el 3 de mayo de 1939, no obstante que la había construído a sus expensas "a ciencia y paciencia de los representantes de las mortuorias de Eduardo Castro y Zoila Arellano o de los representantes de la sociedad conyugal ilíquida que ambos tuvieron durante su matrimonio".

4º "Con tal entrega se privó, por tanto, del derecho de retención que hasta ese día ostentaba Florentino Castro desde que construyó la edificación sobre la cosa objeto del secuestro...".

5º Esta circunstancia, y la de no haberle pagado el valor de la edificación, han ocasionado perjuicios al demandante.

6º Dentro del juicio de sucesión, Florentino Castro ha solicitado, sin éxito, el levantamiento del secuestro, así como la exclusión del edificio de la lista de bienes inventariados.

7º. Florentino Castro en un juicio ordinario anterior, suplicó el reconocimiento de sus derechos, pero el Tribunal de Pasto al revocar la orden de entrega del inmueble decretada a su favor por el Juzgado de primera instancia, dijo que lo resuelto era "sin perjuicio de los derechos que tiene el señor Castro, como dueño del edificio que él construyó".

Los demandados, excepción hecha de Amelia Castro, contestaron oponiéndose, aceptaron algunos hechos, negaron otros y propusieron, sin fundarlas, las excepciones de ineptitud sustantiva de las acciones, petición antes de tiempo y de modo indebido, carencia de acción y derecho "y todas las que se declaren probadas en la actuación".

El Juzgado finalizó la primera instancia por sentencia de 19 de abril de 1955, que absolvió a los demandados de los cargos de la demanda e impuso las costas al demadante. Apelada por éste, fue confirmada por el Tribunal, con costas para el recurrente.

La sentencia recurrida.

Esta se basa en los siguientes postulados:

a) La acción principal no prospera, por cuanto, como la propia demanda lo dice, el actor no ejerce posesión ni tenencia sobre el inmueble respectivo, ya que la perdió en virtud del secuestro practicado dentro del juicio de sucesión de sus padres. Por tanto, mal se puede reconocer un derecho que requiere el elemento material sobre el inmueble, ni mucho menos ordenar restitución a los demandados. b) La acción subsidiaria descansa en principios admisibles ante la ley, pero no prospera, porque no hay prueba ni de la identidad del terreno en el cual se dice edificó el actor, ni que éste realmente hubiera edificado a sus expensas la casa mencionada en la demanda.

Analiza los testimonios aducidos por la parte actora con el fin indicado y no los acepta. A un grupo de ellos, o sea a los de individuos fallecidos, les anota que el abono de sus exposiciones se hizo sin citación de la contraparte, pues el auto que decretó tal medio probatorio no expresa que se recibieran con dicha citación .No obstante, examina varias exposiciones y deduce que no expresan que Florentino hubiese edificado con dinero suyo. Y en relación con los otros testimonios trasladados y cuya ratificación se produjo legalmente, el Tribunal sostiene que "nada dicen de la construcción o edificación que hubiere hecho Florentino Castro", pues se limitan a hablar de la posesión sobre el inmueble que aquél ejercía y de la pérdida de la misma. Agrega que el memorial contentivo del cuestionario no aparece en autos y que los testigos no expresan los linderos del inmueble respectivo, omisión en que cae también la Resolución de la Prefectura y la de la Alcaldía de Ipiales, proferida en 1917 con ocasión de que Florentino Castro edificaba, varios centímetros por fuera de la línea de demarcación, una casa en dicha ciudad.

Por último, estima el fallador que la sentencia a que se refiere el recurrente carece de la fuerza que éste le asigna, pues su parte motiva ni siquiera afirma que Florentino Castro fuera quien construyó el edificio, de modo que no tiene más al-

cance que dejar a salvo los derechos que tal señor pudiera tener al respecto.

EL RECURSO

Varios cargos se proponen contra la sentencia acusada, los cuales se resumen en la forma que sigue:

1. A través de la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial se impugna el fallo, por haberse incurrido durante la tramitación del juicio en nulidad procesal proveniente de incompetencia de jurisdicción del Juzgado que adelantó la primera instancia, ya que cuando la demanda se interpuso, el 20 de abril de 1954, estaba pendiente en tal Juzgado la demanda de 23 de septiembre de 1940, en la que se pidió lo mismo que ahora se solicita, con lo cual se compromete la estabilidad de la cosa juzgada. Es decir, que al admitirse el presente juicio, sin fallarse primero el otro, "se cometió por dicho Juez una usurpación de jurisdicción que invalida la actuación irremediablemente".

2. Con base en la causal primera de la norma mencionada, se acusa la sentencia de violación, por interpretación errónea y falta de aplicación del artículo 739 del Código Civil, en armonía con los artículos 713, 2.418, 2.258, 2.218, 1.995, 1.882 y 859 de la misma obra.

El recurrente parte de la base de que el inciso 2º de la primera de tales disposiciones consagra derecho de retención para quien edificó en suelo ajeno a ciencia y paciencia de su dueño, el cual es similar al que reconoce la ley a favor del depositario, comodatario, arrendatario, vendedor que no ha entregado la cosa vendida y usufructuario. Que este derecho ampara al edificador no solamente mientras tiene en su poder la cosa misma, sino también cuando se le priva de ella sin que se haya satisfecho la obligación que la retención garantiza. Que así como el artículo 2.418 del Código Civil autoriza al acreedor prendario para recuperar la tenencia de la prenda si es despojado de ésta sin pagársele la deuda a que accede, sin que esto quiera decir que tenga potestad para reivindicarla, el titular del derecho de retención está capacitado para solicitar la restitución de la cosa cuya tenencia ha perdido, ya que constituyendo la retención algo accesorio al crédito, sigue subsistiendo mientras éste no se haya satisfecho.

Como el Tribunal, concluye el recurrente, no interpretó en tal sentido el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, pues sostuvo que perdida la tenencia desaparecía el derecho de retención, por lo cual no podía obligarse a la restitución consiguiente, violó directamente el precepto mencionado en la forma antes señalada.

3. En el supuesto de que la interpretación dada por el Tribunal sea jurídica, se propone la violación del mismo inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, de manera indirecta y a consecuencia de errónea apreciación de pruebas, en vista de que la sentencia afirma no haberse demostrado que el demandante hubiese construído el edificio respectivo a sus expensas, así como no haberse comprobado la identidad del terreno sobre el cual edificó. A este respecto, manifiesta que hubo error de derecho ,porque la identificación no sólo puede hacerse por medio de peritos "como parece entenderlo el Tribunal".

En seguida el recurrente señala como no apreciadas o mal apreciadas las siguientes piezas del proceso:

a) La contestación de la demanda, en la cual los demandados, lo mismo que en el alegato de conclusión, aceptaron la identidad del inmueble referido, y sólo negaron que Florentino Castro hubiese hecho la construcción con sus propios dineros, ya que, según ellos, la edificación fue hecha por él, pero con fondos de todos los herederos. A este propósito menciona la respuesta a la demanda de Edelmira Castro de Bastidas y de Mercedes Castro.

Deduce así que existió confesión de los demandados sobre la identificación del predio perteneciente a la sucesión de Eduardo Castro, prueba que el Tribunal no apreció, lo cual configura error de hecho y también error de derecho por no haberle asignado valor probatorio.

b) Cuando el Tribunal expresa que los declarantes fallecidos no pueden apreciarse por razón de que los testigos de abono comparecieron sin citación de la parte contraria yerra de hecho, porque en el memorial petitorio se incluye esta solicitud. Al efecto indica como declaraciones no apreciadas por el susodicho motivo las de Lisandro Portilla, Víctor Montenegro, Francisco Montufar, Buenaventura Huertas y Vidal Hidalgo.

Y propone otro aspecto: si el Tribunal dejó de apreciar los aludidos testimonios, por la razón expresada, cometió un error de derecho, pues el artículo 694 del Código Judicial no exige cosa diferente a que por testigos vivos se abone a los muertos, sin que sea necesario que el Juez ordene, con fórmula sacramental, que declaren con

citación de la contraparte, "error de derecho consistente en interpretar equivocadamente esta disposición del C. J.".

c) El Tribunal dice que no aprecia la prueba testimonial trasladada porque no se trajo a los autos copia del memorial en que dicho medio se solicitó en el juicio anterior. Este memorial, de 24 de marzo de 1941, obra en el expediente (cuaderno 2º, folio 61), por lo cual se cometió un error evidente de hecho. Además, en tal pieza se solicita que al declarar, a los testigos se les lean los linderos del inmueble previsto en la demanda, por lo cual éstos vienen a complementar a aquél.

Por tanto, el sentenciador incidió en error de derecho, pues demostrando los testimonios traslados que Florentino Castro construyó en terreno ajeno, "ha de presumirse que lo hizo con dinero suyo, debiéndose demostrar por quien alega que la construcción fue con dinero de la sucesión, que este dinero era de ella y no del constructor".

Por último, analiza las declaraciones de Francisco Montufar, Vidal Hidalgo, Eliécer Mora, Sebastián Parra, Pastora Portilla, Buenaventura Huertas, Lisandro Portilla, José Pérez y Emilio Revelo, las cuales, según el recurrente, comprueban plenamente que Florentino Castro construyó la casa materia del pleito, y no se desvirtúan con las declaraciones que allí se indican, presentadas por la contraparte y trasladas también del juicio anterior. Al no apreciar estos testimonios, la sentencia incurre en error de hecho, de acuerdo con la tesis de la demanda de casación.

d) Las diligencias practicadas en 1917 por la Alcaldía y la Prefectura de Ipiales para impedir a Florentino Castro la construcción del edificio de la carera 5ª de dicha ciudad, dice el recurrente que si bien por sí solas no acreditan tal hecho, "relacionándolas con la prueba testimonial de que se acaba de tratar, y relacionándolas con las diligencias de secuestro y de cambio de depositario", practicadas en la sucesión de Eduardo Castro, "sí acreditan por lo menos, como prueba indiciaria, que Florentino Castro desde 1917 y como lo declara el testigo Francisco Montufar.... comenzó a construír la edificación que en tal año originó las controversias". Por lo cual, al no tomar el Tribunal tales diligencias "como prueba indiciaria del hecho capital por demostrarse, cometió un doble error: de hecho en cuanto no vio que ellas hacen referencia a un edificio que Florentino Castro comenzó a levantar en 1917, el cual edificio según la prueba tesimonial es el mismo materia del presente pleito", que se secuestró en la sucesión mencionada, y error de derecho al no apreciar tales diligencias en relación con las demás pruebas, con lo cual quebrantó los artículos 661 a 664 del C. J.

e) El Tribunal desconoce como prueba de la construcción del edificio por parte de Florentino Castro la sentencia proferida por dicha entidad en juicio anterior surtido entre las mismas partes, en cuanto después de revocar la orden de restitución dada por el Juzgado, declaró probada la excepción de petición de modo indebio, añadiendo que se entendían sus ordenamientos "sin perjuicio de los derechos que tiene el señor Castro como dueño del edificio que él construyó". Este fallo es prueba plena, según el recurrente, de la construcción aludida, y como no fue apreciado, la sentencia cometió error de derecho y errores de hecho.

Consideraciones de la Corte.

Para proceder en orden lógico como lo preceptúa el artículo 537 del Código Judicial, se examina en primer lugar el cargo por **error in procedendo** que se funda en la causal 6ª del artículo 520 **ibídem**, y luego los que descansan en **error in judicando**, más éstos en orden inverso al en que figuran en la demanda de casación.

1º **Primer cargo de la demanda.**

Es evidente que el 23 de septiembre de 1940 Florentino Castro demandó en juicio ordinario ante el Juzgado del Circuito de Ipiales a las sucesiones de Eduardo Castro y Zoila Arellano representadas por los herederos Gonzalo, Arcesio, Celia, Mercedes y Ester Castro, así como por Aníbal Guevara, para que se decretara la restitución de un inmueble alindado: "Por el sur, con la carrera 5ª de esta ciudad; por el oriente, con propiedades de Juan Calderón; y por el occidente con propiedades del señor Miguel Ch. Revelo". Advierte el demandante que ejercita una acción posesoria de recuperación de la posesión, y en su virtud debe reconocérsele como poseedor de mejor derecho y ordenarse levantar el secuestro efectuado en el juicio de sucesión correspondiente, o al menos dejarlo como depositario del inmueble mientras se decide sobre el dominio de éste, ya sea en favor de la sucesión o en el suyo propio. Como causa de la demanda se aduce que el actor ha poseído el inmueble desde 1917, fecha en que a sus expensas construyó el edificio respectivo,

y que dicha posesión la ejerció de manera pacífica y ostensible, hasta el día en que a virtud del secuestro referido se le privó de ella. Subsidiariamente, pide que el bien se excluya del secuestro decretado en el juicio de sucesión aludido, por lo cual debe ordenarse la entrega al actor. Y en último subsidio ejerce la acción reivindicatoria del inmueble, previa declaración de dominio de éste en su cabeza, pero circunscrita al edificio secuestrado.

La demanda fue admitida por auto de 30 de septiembre del mismo año, y de ella se ordenó correr traslado a los demandados en su carácter indicado. El 5 de octubre subsiguiente el auto se notificó a Arcesio Castro y se le corrió el traslado correspondiente. Conforme a constancia del Juzgado, la actuación ha permanecido en suspenso desde el 14 de diciembre de 1940.

Sin necesidad de precisar si tal libelo contiene las peticiones que sirvieron de fundamento al presente juicio, y si existe identidad de partes en las dos demandas, se anota que la primera no ha sido notificada a todos los demandados, por lo cual no puede hablarse de litispendencia, pues para que ésta se configure es mentester que haya una relación procesal en la cual se pretenda debatir la misma cuestión que es objeto del nuevo pleito, por igual causa y entre las mismas partes. Es decir, que exista un juicio anterior sobre la misma acción, tal cual lo dice el artículo 334 del Código Judicial. Y para que exista el juicio es menester la notificación de la admisión de la demanda a todos los demandados, que es el momento en que se traba la relación procesal. Antes puede haber demanda, pero no juicio, que es el requisito para que el pleito pendiente se produzca, por el aspecto analizado.

Pero en la hipótesis de que la notificación a uno solo de los demandados tuviera fuerza para configurar la litispendencia, ocurre que ella no es motivo de nulidad en el nuevo proceso, ni por incompetencia de jurisdicción, ni por ninguna de las otras causales del artículo 448 del Código Judicial. El pleito pendiente constituye excepción dilatoria (Código Judicial, artículo 330); y en los procesos donde no procede tal tipo de excepciones o en aquéllos en que procediendo no se propone, implica un motivo de acumulación, ya que ésta es pertinente. "Cuando son unos mismos los litigantes, una misma la acción y una misma la cosa litigiosa, y en general, cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro" (Art. 398, numeral 1º, **ibídem**).

Chiovenda enseña que la litispendencia quiere decir, en primer lugar, que pende una relación procesal con la plenitud de sus efectos, uno de los cuales es impedir la coexistencia de otra relación sobre la misma cuestión sustancial. El pleito pendiente implica así la concurrencia de dos litigios al que asisten las mismas partes, sobre idéntico objeto y con base en igual causa. Por eso tiene estrecha relación con la cosa juzgada, mas se presenta entre los dos fenómenos esta diferencia: la cosa juzgada material impide una nueva sentencia sobre lo mismo que se falló antes; la excepción de litispendencia tiene carácter preventivo, pues impide el riesgo de que se forme contradictoriamente la cosa juzgada.

Pòr eso Calamandrei observa que desde que se constituye la relación procesal se crea entre los sujetos del proceso un estado jurídico denominado litispendencia, el cual significa entre otras cosas que las partes no son libres de dirigirse a otro Juez sobre idéntica cuestión, y que solamente dentro de la relación constituída se debe pronunciar la resolución de fondo.

Si el pleito pendiente no implica incompetencia de jurisdicción, pues la ley no lo eleva a esta categoría, es evidente que no puede admitirse como base de cargo fundado en nulidad procesal, no sin destacar que el demandante está alegando su propia culpa, ya que intentó este proceso a sabiendas de la existencia de la anterior demanda.

2º Tercer cargo de la demanda.

Respecto a este cargo, se considera:

El artículo 739 del Código Civil dice: "El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fé en el Título De la Reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios. Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

Se trata de la especie de accesión de mueble

a inmueble llamada por algunos tratadistas **industrial,** porque no se debe a un hecho de la naturaleza, sino a un acto del hombre, derivado de su industria. La accesión industrial, es de dos clases: la plantación o siembra, por un lado, y la edificación, por el otro, pero ambas se rigen por los mismos preceptos sustanciales.

Estos se guían por el principio general de que lo accesorio sigue a lo principal, estimándose como principal el suelo, cualquiera que sea su valor. Dentro de la especie de accesión industrial, la ley distigue dos hipótesis, a saber: a) Que el dueño del tererno no hubiera tenido conocimiento de la edificación, plantación o sementera efectuada por otra persona; b) Que ésta haya edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno.

La Corte, refiriéndose a la edificación, distingue los dos eventos, así: "El Código Civil prevé dos casos en punto de edificación sobre el suelo ajeno: el de que el propietario no supiera que se edificaba en su heredad y el de que la obra fuese construída a ciencia y paciencia del propietario. En el primer caso, el dueño del terreno tendrá derecho a hacer suyo el edificio mediante ciertas indemnizaciones, o de obligar al que edificó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder. En el segundo caso, no puede recobrar el terreno sino pagando el valor del edificio. Entonces no se averigua cómo ha sido la fé del constructor. Hecha el trabajo a sabiendas del dueño y sin protesta suya, entiéndase que lo aceptó" (XLIV, 714).

Baudry Lacantinerie observa que en el segundo caso, no le es dado al dueño del terreno reivindicar las construcciones ni forzar al constructor a demolerlas, sino que se presenta una convención **sui generis,** en virtud de la cual el propietario del terreno autoriza al constructor para gozar de las obras, creándose para éste un derecho de superficie.

Desde luego, como dice la Corte, "conforme al artículo 739 del Código Civil, el que edificó, plantó o sembró en terreno ajeno, a ciencia y paciencia del dueño de éste, no tiene en verdad el derecho real de dominio sobre el edificio o plantación o sementera, sino el derecho a que el dueño del terreno le pague el valor de las mejoras, acompañado del derecho de retención del terreno y, por lo mismo, de lo edificado o plantado en él, hasta que el valor de éstos sea satisfecho" (XXXIX, 60).

Por esta razón, la misma corporación expresa: "La acción que tiene para reclamar el valor de la construcción el que ha edificado en terreno ajeno, es personal y no real. Esta acción, como todas las que tienen por objeto obtener el pago de una cantidad de dinero, debe dirigirse contra la persona obligada al pago, que en este caso no es siempre el actual poseedor del suelo que se haya edificado, sino la persona que al tiempo de hacer la edificación era duña del terreno y adquirió la edificación accesoria" (XIX, 108).

Por los motivos anteriores, se deduce que quien pretenda hacer uso de la acción civil prevista en el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil debe pagar el valor del edificio, plantación o sementera, a quien hizo la mejora. Por lo mismo, éste puede demandar al dueño del suelo para el consiguiente pago, siempre que demuestre los elementos de su pretensión que son: a) Que levantó determinado edificio, en su caso; b) Que dicho edificio fue construído en determinado terreno ajeno; c) Que la edificación se hizo a ciencia y paciencia del dueño del suelo.

En el presente asunto, la demanda reposa sobre que Florentino Castro edificó una casa en terrenos de propiedad de las sucesiones de Eduardo Castro y señora, en las cuales figuran como herederos los demandados y también el actor. El Tribunal, según se dijo, no halló comprobada la identificación del predio en que se hizo el edificio, ni que éste hubiera sido construído con dineros del demandante.

El cargo, en cuanto afirma que hubo error de hecho y de derecho en la apreciación de la contestación de la demanda por Edelmira Castro de Bastidas y Mercedes Castro, así como del alegato de conclusión, no se acomoda a la técnica de casación, pues no es admisible proponer simultáneamente respecto a una misma prueba los dos errores, ya que ellos se excluyen entre sí. Desde el momento en que el sentenciador deja de apreciar una prueba, puede incurrir en error de hecho, porque desconoce un medio que obra en el proceso para acreditar determinada situación; pero desde que lo tiene en cuenta, de acurdo con su tenor, queda eliminado el error de hecho, y sólo puede incurrir en error de derecho al asignarle un mérito distinto de aquél que la ley le da.

Pero como la Corte en consideración a la lamentable frecuencia de demandas de casación defectuosas, ha optado por obrar con amplitud, en casos como el presente analiza el cargo por el aspecto que mejor se ciña a la realidad procesal.

En este evento, realmente la sentencia no menciona, ni implícitamente se refiere, a las citadas piezas. Mas la omisión no determina el error alegado, porque los alegatos de conclusión, aún suponiendo que reconocieran la identidad echada de menos, no constituyen confesión de parte, puesto que aparecen suscritos por el apoderado de los demandados, el cual carece de facultad para confesar, y su actuación no se halla comprendida dentro de las hipótesis en que la confesión perjudica al representado, ya que no se trata de la demanda, las excepciones, o las réplicas correlativas (C. J. Art. 607).

Y en cuanto a las respuestas a la demanda de Edelmira Castro de Bastidas y de Mercedes Castro, se observa que aún suponiendo que los pasajes en donde el recurrente encuentra confesión, tuvieran esta trascedencia, dicho reconocimiento no afectaría sino a las dos demandas referidas, pues la confesión perjudica exclusivamente a quien la hace, y no puede perderse de vista que los demandados no han sido llamados en nombre propio, sino como herederos de las sucesiones mencionadas, lo que implica que la prueba en contra de la parte rea debe afectar a todas las personas naturales que se han señalado como sus personeros, o mejor que figuran como demandados por la calidad que ostentan.

Mas suponiendo que tales manifestaciones afectaran a todos los demandados, sucede que el otro soporte del fallo, o sea la ausencia de prueba sobre que el actor construyó por su cuenta el edificio respectivo, es suficiente, como luégo se verá, para mantener en pié la sentencia acusada. Es decir, que la acusación, por el aspecto estudiado, carecería de incidencia sobre la parte resolutiva, o sea que le faltaría un requisito para poder prosperar.

* * *

El cargo en cuanto expresa que hubo error de hecho porque la sentencia desconoció los testimonios de Lisandro Portilla, Víctor Montenegro, Francisco Montufar, Buenaventura Huertas y Vidal Hidalgo, con base en que habiendo fallecido los declarantes, la recepción de los testigos de abono se hizo sin citación de la contraparte, tampoco se atempera a los principios del recurso, ya que igualmante incurre en el defecto de plantear al tiempo y respecto a los mismos medios probatorios errores de hecho y de derecho.

Pero procediendo de nuevo con amplitud, la Corte examina el aspecto del error de derecho, ya que el Tribunal, si bien dice que tales testimonios no deberían apreciarse por las razones que el recurrente expone, en últimas si los examinó, como puede verse en el texto del fallo, cuya parte respectiva reza: "Se ha transcrito la parte pertinente de las declaraciones de los testigos fallecidos, no obstante de que, como se dijo antes, el abono de estos testigos se hizo sin citación de la parte contraria; pero ninguno de ellos da cuenta de que Florentino Castro hubiese construído la casa con fondos de su propiedad en terreno de la sucesión de Eduardo Castro y Zoila Arellano".

Vista la impugnación por la faz del error de derecho, resulta que el recurrente debía haber hecho derivar dicho error de que no obstante reunir los testimonios todos los requisitos formales, la sentencia no les asignó el valor legal respectivo, con quebrantamiento en primer término de la norma probatoria que establece la fuerza de la prueba testimonial, mas no del artículo 694 del Código Judicial que se refiere al abono que debe hacerse de testigos fallecidos. Y como es esencial en los cargos por error de derecho que se indique precisamente la disposición probatoria transgredida, que es el medio para llegar a la infracción de determinada norma sustancial, aún suponiendo que el cargo se hubiera planteado en el sentido que la Sala sugiere, por no haberse indicado el verdadero precepto probatorio violado, la acusación sería inadmisible.

Como la Corte expresó que el recurrente se equivocó a cuanto en la referencia al artículo 694 del Código Judicial, es menester precisar este punto, a título doctrinario.

Dicha norma reza: "Cuando por haber fallecido un testigo que ha declarado en información sumaria en otro juicio, no sea posible obtener su ratificación, la parte interesada puede pedir que, con citación de la contraira, declaren testigos abonados acerca de la veracidad y buena fama del fallecido. Previo este abono, se tiene la declaración como legalmente ratificada".

Si bien este precepto no está redactado con claridad, pues parece exigir en todo caso la ratificación de declaraciones recibidas en otro proceso, aunque a renglón seguido se refiere a las producidas en información sumaria, términos que resultan contradictorios, porque la declaración recibida sumariamente es la que se practica extrajuicio, sin citación de la presunta contraparte, al paso que la rendida dentro del juicio no puede

ser sumaria, pues se recibe con citación de las otras partes, teniendo en cuenta el texto del artículo y sus fines, debe entenderse que la ratificación de los testigos fallecidos sólo es necesaria cuando éstos han declarado fuera de juicio, de nudo hecho, o cuando han declarado en juicio en que no figura como parte aquélla frente a la cual pretende aducirse la prueba en el nuevo proceso.

En efecto, la ratificación tiene por objeto que la prueba que se haya practicado sin conocimiento de la parte contraria pueda ser controvertida, que es elemento primordial en todo medio probatorio, pues da oportunidad para debatir la prueba misma en el momento de su producción, en este caso, a través del contrainterrogatorio y tacha. Se ve claro, entonces, que la ratificación sea indispensable si en el proceso en que se produjo la declaración no intervino como parte la persona respecto a la cual se trata de hacer valer el testimonio; pero no se explicaría la ratificación cuando éste se haya recibido en juicio en que ha sido parte quien tiene el mismo carácter en el proceso donde va a obrar dicha probanza.

En el último evento no es necesaria la ratificación, porque la prueba se practicó con citación de la parte contraria, vale decir que llega al segundo proceso controvertida. En esta hipótesis se trata del fenómeno denominado traslado de pruebas, que es de recibo en forma expresa o implícita en la mayoría de las legislaiones.

Se denominan pruebas trasladadas las que practicadas en un proceso se hacen valer después en otro. Para que ellas tengan valor externo se ha considerado fundamental que la parte frente a la cual se aducen haya tenido oportunidad de impugnarlas, dentro del proceso en que originalmente se produjeron.

En este caso, las declaraciones se trajeron en copia de otro juicio ordinario que siguió Florentino Castro contra las sucesiones de Eduardo Castro y Zoila Arellano, fallado por el Tribunal de Pasto en segunda instancia el 22 de junio de 1942.

Pero en caso de que la notificación hubiese sido necesaria porque no todos los herederos demandados figuran en el primer juicio, el Tribunal erró al afirmar que como el auto que ordenó recibir los testigos de abono no contiene la expresión "con citación de la parte contraria", la prueba se practicó sin dicha citación, pues, en primer término, ésta se produce con la notificación de la providencia que la decreta, y en segundo, en nuestro derecho no existen fórmulas sacramentales, de modo que las declaraciones de abono sí se recibieron con conocimiento de la contraparte.

En esta forma queda rectificado el error del Tribunal, el cual no incide en la resolución, porque en últimas la mayoría de las declaraciones se apreció por el fallador de instancia, y las que no se tuvieron en cuenta carecen de la trascendencia que pretende el recurrente, como adelante se explica.

* * *

No acierta el impugnador al imputar al Tribunal error de hecho derivado de no haber apreciado la prueba testimonial trasladada, pues si bien la sentencia dice que por no haberse traído copia del memorial en que los testimonios se pidieron, no puede tener éstos en cuenta, y por otro lado es cierto que el memorial de 24 de marzo de 1941, contiene el interrogatorio echado de menos, los testimonios no dejaron de apreciarse por el defecto anotado, de manera que el cargo, por este aspecto carece de eficacia.

Y que el fallo estime que los testimonios no versan sobre los linderos del inmueble, a pesar de que el memorial referido pidió que se leyeran a los declarantes los que aparecen en la demanda, tampoco configura el error invocado, pues respecto a la identidad del terreno donde se dice que el actor edificó a sus expensas, cualquier acusación que llegase a prosperar carecería de fuerza para variar el sentido de la sentencia, en virtud de que el segundo fundamento de ésta, o sea la carencia de prueba sobre la edificación levantada por el demandante, continuaría sustentántola.

* * *

Respecto a las declaraciones citadas por la demanda de casación, y que según ella no fueron apreciadas por el sentenciador, se considera:

El Tribunal desecha expresamente los testimonios de varios de los declarantes mencionados por el recurrente, así como globalmente lo hizo respecto de todos los demás que tal parte presentó.

Las declaraciones citadas pueden resumirse así:

a) **Francisco Montufar** dice que para 1918, fecha en que se radicó en Ipiales, le consta que Florentino Castro principió la construcción de una casa situada en la carrera 5ª de esa ciudad, en la que vivió posteriormente.

b) **Sebastián Parra** expresa que Florentino ha

poseído materialmente la casa situada en la carrera 5ª de Ipiales y demarcada por los linderos de la demanda, pues en ella ha vivido desde mucho tiempo atrás; que recuerda que construyó tal casa, sin precisar la fecha, y que la habitó hasta que fue desposeído por la autoridad; mas no le consta si la construcción la hizo con fondos propios o suministrados por otra persona.

c) **Vidal Hidalgo,** manifiesta que Florentino Castro le pagó su trabajo por hacer seis puertas, y que no le consta si tal pago lo realizó con dineros propios o ajenos.

d) **Eliécer Mora** afirma que Florentino Castro construyó las divisiones de la casa, pues el testigo le ayudó en esos trabajos.

e) **Pastora Portilla** dice que Florentino Castro construyó la casa en referencia, pues trabajaba personalmente y hacía trabajar en la obra del edificio; que luégo habitó tal casa hasta que fue despojado por la autoridad, pero que no sabe si la construcción la hizo con dineros de su propiedad.

f) **Buenaventura Huertas** manifiesta que trabajó en la obra como carpintero y que Florentino le pagaba el valor de sus trabajos, pero ignora el origen de los dineros con que le hacía el pago.

g) **Lisandro Portilla** afirma que trabajó como obrero en la construcción de la casa y que sus jornales le fueron pagados por Florentino Castro, quien como lo pudo observar el testigo, pagaba a los demás obreros que allí trabajaban; pero que no sabe si esos pagos los hacía con dineros propios o extraños.

h) **José Pérez** expresa que trabajó en la construcción del mencionado edificio; que Florentino Castro le pagaba los jornales al padre del declarante que fue contratista de la obra, aunque ignora si ellos eran propios o ajenos.

i) **Emilio Revelo** dice que por vivir en el mismo barrio donde la construcción se adelantó, le consta que Florentino Castro edificó la casa trabajando personalmente y haciendo trabajar a los obreros, y que luégo habitó el edificio de manera pacífica y no interrumpida, hasta que fue despojado por el secuestro que de él se hizo.

Bien pudiera considerarse que la ignorancia de estos testimonios, que no fueron mencionados expresamente por la sentencia recurrida, determinara error de hecho respecto a la edificación realizada por el demandante; pero sucede que también existen en el proceso, como lo advirtió el Juez de primer grado, y el Tribunal en conjunto las citó, otras declaraciones de las cuales el último infirió lo contrairo.

En efecto, **Manuel Muñoz** sostiene que con posterioridad a la muerte de Eduardo Castro la viuda e hijos de éste emprendieron la construcción nueva de la casa; que a él como maestro de obra le tocó hacer divisiones del tramo nuevo, para cuyo trabajo fue contratado por Arcesio Castro, quien le canceló el valor respectivo, ya que Florentino sólo le dio madera para la construcción de tres puertas del nuevo tramo, pero el precio del trabajo se lo pagó Arcesio.

Dolores Arellano de Castro declara que la edificación se hizo no con dineros propios de Florentino Castro, sino con fondos de todos los herederos; que a ella en una ocasión Ester Castro le pidió prestados algunos pesos para invertirlos en materiales y que en otra hizo lo mismo Florentino Castro.

Además, Belarmina Calderón de Muñoz, Mercedes Chaves, Tomás Bastidas y Alejandro Revelo declaran que en la casa materia de este pleito habitaron Eduardo Castro y Zoila Arellano en compañía de sus hijos; que muertos los primeros siguieron viviendo en ella los últimos; que Florentino Castro contrajo matrimonio con Manuela Sánchez y que antes de su separación vivieron en dicha casa en compañía con los hermanos del marido; que cuando Florentino se unió de nuevo a su cónyuge no continuó habitando en tal casa sino en otras, entre ellas las de propiedad de Néstor Burbano y Juan Ordóñez; que Celia Castro ejercía actos de dueña en la parte interior y exterior de la casa, o sea en la parte vieja y en la nueva de la misma.

Luis A. Velasco y Manuel López afirman que la construcción se realizó con dineros no provenientes de Florentino Castro sino de otros herederos.

Por esta razón, se presentaron dos grupos de testigos opuestos, de manera que en últimas la aplicación de la potestad discrecional que le da al juzgador de instancia el artículo 702 del Código Judicial y que no es revisable en casación, fue la que vino a asignar prevalencia a quienes no depusieron de conformidad con los hechos de la demanda, por lo cual la Corte no puede variar el grado de convicción que el Tribunal se formó con fundamento en las diversas declaraciones de testigos, de manera que el cargo no prospera.

* * *

Las diligencias practicadas en 1917 por la Alcaldía y la Prefectura de Ipiales para impedir

que Florentino Castro adelantara una obra en la carrera 5ª, por salir del límite de demarcación de la calle, como bien lo anota el recurrente, por sí solas no demuestran que éste estuviese edificando por su cuenta. Y en cuanto a que ellas deben relacionarse con la prueba testimonial enunciada antes y con las diligencias de secuestro y de cambio de depositario practicadas en la sucesión de Eduardo Castro, es claro que careciendo las declaraciones mencionadas de la fuerza que el recurrente pretende, faltarían los indicios respectivos y no habría base para encadenar los que pudieran resultar de dichas diligencias.

Pero suponiendo lo contrario, ocurre que en materia de indicios el Tribunal es soberano en su apreciación, como lo ha repetido la Corte en muchas ocasiones. En efecto, basta citar la siguiente doctrina: "Para que haya error de hecho por parte de un sentenciador en la apreciación de los indicios, es necesario que éstos estén suficientemente probados, y que a pesar de ello el fallador no los hubiera considerado.... Cuando los indicios no son necesarios, el grado de fuerza y su relación más o menos estrecha con el hecho que se trata de demostrar son materia de una apreciación inductiva del juzgador, que escapa a la casación, desde luego que en esa operación de la inteligencia, que es una serie de razonamientos, no puede caber el error evidente de hecho, indispensable para poder variar la estimación de la prueba hecha por el sentenicador" (LVII, 93).

Lo dicho es suficiente para que este aspecto del cargo tampoco pueda prosperar.

* * *

El recurrente estima que como la sentencia proferida en juicio anterior entre las mismas partes, después de revocar la de primera instancia, de declararar probada la excepción de petición de modo indebido respecto a la acción principal y de rechazar por improcedentes las pretensiones subsidiarias, añadió que todo ello era "sin perjuicio de los derechos que tiene el señor Castro como dueño del edificio que él construyó", por lo cual dicho pasaje constituye plena prueba sobre la edificación, que no apreció el fallador, lo que configura error de hecho y de derecho.

La Corte, luégo de anotar la falla de técnica al presentarse al tiempo los dos errores, observa:

Dicho fallo de 22 de junio de 1942, no proveyó sobre el fondo de la cuestión propuesta como principal, sino que declaró un impedimento procesal que denominó excepción de petición de modo indebido, por lo cual no tuvo oportunidad de examinar las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes respecto a la restitución solicitada con fundamento en la acción publiciana, o en simple interdicto posesorio. Además, no halló la nulidad del secuestro en el juicio de sucesión tantas veces nombrado, ni encontró viable jurídicamente la reivindicación del edificio, aisladamente del suelo en que se levanta.

Tal sentencia, pues ,se limitó a dejar a salvo los derechos de Castro como dueño del edificio, como se transcribió antes; y si bien su anfibológica redacción pudiera dar a entender que implícitamente reconoció al demandante derechos de edificador en suelo ajeno, es evidente, como lo anota el Tribunal, que la interpretación de su parte resolutiva no puede hacerse independientemente, sino que es menester relacionarla con la parte motiva, y que ésta no encuentra probado que Florentino Castro hubiera construído el edificio. Por tanto, no aparece error de hecho evidente en el alcance que la sentencia le asigna a dicho fallo, o sea en que dejó a salvo los derechos que pudiera hacer valer Castro por haber construído la casa, mas no implica el reconocimiento de tales derechos.

A propósito la Sala observa que aunque la sentencia de 1942 no hubiera contenido tal precaución, desde que no proveyó de mérito sobre restitución, cualquier derecho que tuvieran las partes al respecto no fue juzgado, por lo cual podía hacerse valer en nuevo proceso, ya que únicamente los fallos de mérito producen efecto de cosa juzgada material.

Para terminar se anota que la interpretación de las providencias judicales, así como la de los actos y contratos, es labor propia del juzgador de instancia. Desde luego, puede éste incurrir en error de hecho y por tal aspecto habría entrada a casación; pero el alcance que el Tribunal asigna a las palabras de un acto o contrato o a las ordenaciones de un fallo judicial queda bajo su discrecionalidad, por lo cual la doctrina de la Corte ha sido reiterada en el sentido de que, salvo el error anotado, dicha interpretación prevalece en casación, aun en la hipótesis de que existan varias interpretaciones aceptables.

Por lo expuesto, la última parte del cargo tampoco tiene asidero legal.

3º **Segundo cargo de la demanda.**

Es cierto que el artículo 739 del Código Civil, inciso 2º, conforme se ha visto, establece derecho de retención a favor del que ha edificado, plantado o sembrado en suelo ajeno, a ciencia y pa-

ciencia del dueño de éste, mientras no se le pague el valor de la mejora.

El derecho de retención es el que tiene un acreedor para conservar en su poder una cosa que pertenece y debía entregar al deudor, hasta que éste le pague la deuda, o en determinados casos se la asegure, a satisfacción. Nuestra ley, no lo define expresamente, como lo hacen la mayoría de las legislaciones extranjeras, pero varios artículos del Código Civil lo consagran, entre ellos el que se acaba de mencionar.

Mas para que exista dicho derecho es elemento esencial que la persona a cuyo favor la ley lo reconoce no haya perdido la posesión o la tenencia, según fuere el caso, de la cosa sobre la cual debe ejercerlo. Por eso la Corte ha expresado: "De ahí que el artículo 739 empleó la expresión "para recobrarlo", de donde resulta que si el dueño de las mejoras no está ya en posesión de éstas, si ha salido del terreno, subsiste en el dueño de éste la obligación de pagarle la indemnización del caso, pero no subsiste en el que edificó, plantó o sembró, esa garantía, la retención del terreno, porque ya el dueño está en posesión de él y entonces aquella garantía es imposible. Para retener se necesita tener. Y lo anterior se aplica no sólo para el caso del artículo 739, sino para varios otros como a los que se refieren los artículos 859, 970, 1.995, 2.000, 2.188, 2.218 del C. C....." (XLVII, 312).

Esto es apenas la consecuenica de que la retención no está acompañada de la potestad de persecución, por lo cual al perderse la posesión o la tenencia sobre la cosa, ella se hace inoperante, pues ya no hay objeto que retener. Otro es el caso de que hubiera existido despojo de la cosa, pues en tal evento el acreedor tiene las acciones especiales para recuperarla, pero no por razón del derecho de retención en sí mismo, sino como simple tenedor o poseedor (C. J. artículos 1.117 y 877).

Como en el presente caso el demandante parte de la base de haber perdido la tenencia de la cosa, sobre la cual considera que subsiste derecho de retención, es obvio que no hubo interpretación errónea del segundo inciso del artículo 739 del Código Civil por parte del sentenciador de instancia, pues éste desechó la pretensión principal de la demanda, precisamente con apoyo en el verdadero significado de la norma citada.

No sobra decir que el referido cargo no se acomoda a la técnica, porque aduce al mismo tiempo la interpretación errónea y la falta de aplicación de determinada norma que son fenómenos diferentes, pues la primera consiste en hacer operar la ley adecuada al caso, pero en un sentido diverso a aquél que realmente tiene, mientras que la segunda se presenta cuando deja de aplicarse la norma que corresponde a la cuestión debatida con lo cual se la infringe directamente. Mal puede haber interpretación equivocada de una disposición que no se aplica, así como no puede presentarse falta de aplicación de un precepto mal interpretado.

Pero si todo lo anterior no bastara para rechazar el cargo, se anota que éste dependía del precedente, puesto que para reconocer el derecho de retención era menester que hubiese prosperado la acción de reconocimiento del crédito por mejoras a favor del demandante y a cargo de los demandados. La retención es un derecho de garantía, accesorio a uno princioal o sea el mencionado derecho de crédito, por lo cual no habiendo prosperado los cargos contra la parte del fallo que rechazó el reconocimiento de la acreencia, no habría base para quebrar la parte relativa a la retención.

* * *

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto el trece de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

Sin costas por haberse rectificado doctrina. Además, no aparecen causadas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M.—Ignacio Escallón—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Alejandro Bernate, Conjuez.—**Enrique J. González**, Conjuez.

Jorge Soto Soto, Secretario.

LA LEY NO PRIVA DE EFICACIA PROCEDIMENTAL LA PRESENTACION DE LA DEMANDA DE CASACION CON ANTELACION A LA ADMISION DEL RECURSO Y EL TRASLADO. — SE RATIFICA LA DOCTRINA REFERENTE AL EFECTO DE LAS SENTENCIAS SOBRE FILIACION NATURAL Y SOBRE EL AMBITO DE ACCION DE LOS ARTICULOS 400, 401, 403 Y 404 DE LA LEY 45 DE 1936

1.—Es evidente que cuando se posterga una actuación que debe cumplirse dentro del plazo señalado por la ley, no puede tener eficacia. Tal es el caso de que la demanda de casación se presente después de expirados los treinta días de traslado que tiene el recurrente. En este evento, por mandato del art. 532 del Código Judicial se declara desierto el recurso, y se condena en costas a la parte recurrente. Cosa diferente ocurre cuando se anticipa la actuación, como en el supuesto de que la demanda se presente con antelación a la admisión del recurso y el traslado. La ley no priva de eficacia procedimental esta actuación, porque con ella no sufre ningún perjuicio el opositor, pues oportunamente recibe el traslado para que formule su alegato de oposición, que es lo que le corresponde en el recurso a él. La ley procesal sanciona la presentación extemporánea de la demanda de casación, no la cumplida antes del término del traslado.

2.—En casación de 26 de abril de 1940, se dijo que el derecho para obtener el reconocimiento de la paternidad legítima o ilegítima en el Código Civil colombiano "está expresamente reservado... al hijo que la solicita, con audiencia del padre o madre que se opone. Si no va enderazada contra éstos directamente y los tales no han sido notificados de la demanda o comparecido antes de fallecer, tal acción no puede prosperar porque una decisión contraria equivaldría a desconocer lo consagrado de manera terminante en los artículos 403 a 404 que vienen a tener plena aplicación y procedencia en juicios de filiación natural por mandato del artículo 7º de la Ley 45 de 1936" (G. J. Tomo XLIX, pág. 263).

Posteriormente, en fallo de 30 de junio de 1941, sentó la doctrina de que el artículo 401 del Código Civil no consagraba la teoría del legítimo contradictor sino el principio de los efectos absolutos de la sentencia sobre filiación, en razón del cual en los juicios sobre ésta, legítima o ilegítima, no era aplicable el artículo 17 del Código Civil que atribuye efectos relativos a las sentencias (G. J. Tomo LI, pág. 627).

Esta jurisprudencia fue la que rectificó la Corte en sentencia del 1º de octubre de 1945, considerando que si bien los artículos 401 a 404 del Código Civil estatuyen el legítimo contradictor, no es con el alcance de que los juicios sobre filiación legítima o ilegítima deban iniciarse siempre contra el padre personal y directamente, sino con el de que, cuando esto ocurre y el proceso va hasta su terminación, el fallo produzca efectos erga omnes como excepción al artículo 17 del mismo Código. Y, en cambio, cuando el litigio se instaura y sigue contra los herederos del supuesto padre, los efectos de la sentencia se producen solamente en relación con los que han intervenido en el juicio; res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest.

El estudio completo que por los diversos aspectos de materia tan compleja encierra este fallo, y todos los que ha proferido desde entonces hasta hoy, relacionados con el sujeto pasivo de la acción de filiación natural, ha llevado a la Corte a sostener esa doctrina, porque ella es de aplicación del verdadero alcance que tienen los artículos 401 a 404 del Código Civil y 7º de la Ley 45 de 1936, y el reconocimiento de la justicia que asiste a los presuntos hijos naturales, para que no sólo con citación del supuesto padre, sino de sus herederos, se declare el estado civil que se originó en vida de aquél, por

cualquiera de las cinco causales registradas en el artículo 4º de la Ley 45.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo C. Posada)

Leonisa Sosa, como madre natural y en representación de los menores Enrique Oriel, María Emilse, Jesús Arturo y Julián de Jesús o Jesús Joel Sosa, instauró ante el Juez Promiscuo del Circuito de Amalfi, cuatro demandas separadas que oportunamente fueron acumuladas, contra la sucesión intestada e ilíquida de Arturo Londoño, representada por su madre María de Jesús Vasco de Londoño, y por la cónyuge supérstite, Consuelo Balvin de Londoño, para que se declarara:

A) Que los nombrados menores Enrique Oriel, María Emilse, Jesús Arturo y Julián de Jesús o Jesús Joel Sosa son hijos naturales de Arturo Londoño y Leonisa Sosa.

B) "Que, en consecuencia, son herederos de Arturo Londoño y pueden intervenir en el juicio de sucesión de éste en concurrencia con los herederos legítimos que acreditaren tal condición".

C) Que, por tanto, quienes posean "a cualquier título" los bienes relictos deben restituírselos a los menores demandantes o a la persona que legalmente los represente, junto con los frutos naturales y civiles.

La causa de estas peticiones la derivan de los hechos, cuyo resumen es:

El 13 de junio de 1955, falleció Arturo Londoño.

Desde hacía veinticinco años y sin solución de continuidad Leonisa Sosa mantuvo relaciones sexuales estables y notorias con él viviendo bajo un mismo techo y en cooperación económica mutua.

Las relaciones se iniciaron en la finca denominada Llano Grande, en el Corregimiento de Yalí, donde vivieron durante dos años; prosiguieron en el Municipio de Maceo por un lapso de tres; y así en varios otros sitios hasta que Londoño llevó a Leonisa con sus hijos a Bello, donde estaba radicada desde cuatro años antes de ocurrida la muerte de aquél.

Después de transcurridos ciento ochenta días de iniciadas aquellas relaciones públicas y notorias, hasta cuando ocurrió el fallecimiento del presunto padre, fueron procreados once hijos de los cuales sobreviven solamente los cuatro actores. Enrique Oriel, María Emilse, Jesús Arturo, Julián de Jesús o Jesús Joel.

En todo el tiempo en que Arturo Londoño convivió con Leonisa Sosa y con los hijos procreados, atendió como padre solícito a las necesidades de todo orden, de una manera pública y notoria, y en la misma forma trató a todos y cada uno de sus cuatro hijos, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, presentándolos en el carácter de hijos a todos sus deudos y amigos y al vecindario por un lapso mayor de diez años, o sea, desde cuando nacieron hasta la muerte del presunto padre.

Tan terminante y definido era el vínculo paterno de Arturo Londoño con los demandantes, que el mismo padre de éste, Jesús Londoño así lo reconoció en la escritura pública 5.124 de 15 de dicembre de 1945, por la cual, como agente oficioso de Leonisa Sosa, compró una casa situada en la población de Bello, con dineros de Arturo Londoño y para los cuatro demandantes.

Jesús Londoño murió antes que su hijo Arturo. Hoy solamente vive la madre de éste, que es la señora María de Jesús Vasco de Londoño.

Aproximadamente unos 16 meses antes de su muerte, Arturo Londoño contrajo matrimonio católico con Consuelo Balvín del cual no hubo descendencia.

Las demandadas contestaron los cuatro libelos por medio de su respectivo apoderado, oponiéndose a las declaraciones y negando los hechos fundamentales.

El Juzgado del Circuito de Amalfi dio término a la primera instancia en sentencia de treinta de agosto de mil novecientos cincuenta y seis, por la cual resolvió:

"1º Que los menores Julián de Jesús, o Jesús Joel, Enrique Oriel, Jesús Arturo y María Emilse Sosa, son hijos naturales del finado Arturo Londoño Vasco.

"2º En corolario de la anterior declaración los precitados menores tienen derecho a intervenir en el juicio de sucesión de su finado padre señor Arturo Londoño en concurrencia con los demás herederos que tengan derecho a ellos.

"3º Por lo mismo, las demandadas María de Jesús Vasco y Consuelo Balvín viuda de Londoño están obligadas a la restitución de los bienes relictos que les correspondan junto con los frutos naturales y civiles que con mediana inteligencia hayan percibido".

Los apoderados de ambas partes interpusieron alzada contra este fallo, que confirmó el Tribunal

Superior de Medellín mediante providencia de ocho de abril de mil novecientos cincuenta y siete.

El fundamento de lo resuelto por el Tribunal es el de haber hallado demostrado, "con prueba demasiado copiosa.... la causal contemplada en el ordinal 4º de la Ley 45 de 1936".

El apoderado de la demandada María de Jesús Vasco de Londoño interpuso contra la sentencia del Tribunal el recurso de casación, que se procede a decidir, por cuanto recibió la tramitación legal.

DEMANDA DE CASACION

El único cargo que le formula el recurrente al fallo impugnado es el de haber violado por infracción directa los artículos 403 y 404 del C. C. en relación con el 7º de la Ley 45 de 1936.

En desarrollo de esta tacha hace el recurrente un ligero recuento de la evolución que la investigación de paternidad tuvo el derecho francés desde el sistema imperante antes de la revolución francesa hasta llegar a la ley de 16 de noviembre de 1912 "que consagró cinco importantes derogaciones al principio general" que la prohibía.

Se refiere también a las normas que originariamente registró el Código Civil colombiano en los artículos 219 a 323, y a la reforma que al respecto introdujo la Ley 153 de 1887, que no otorgó la calidad de hijo natural sino al nacido fuera del matrimonio que no proviniera de dañado y punible ayuntamiento.

La Ley 45 de 1936 abolió la distinción entre hijos ilegítimos y naturales y "consignó cinco casos de investigación de la paternidad a falta de conocimiento voluntario, que en verdad guardan completa similitud con las causales de la ley francesa de 1912".

No obstante "hay entre sí fundamentales diferencias lo que hace que en nuestro derecho no sean de recibo determinadas tesis que encajan perfectamente en el sistema francés".

Tal ocurre con los términos para el ejercicio de la acción de filiación... su viabilidad y su procedencia.

La Ley 45 no fijó un término de prescripción de esta acción. Este vacío indica precisamente que la intención del legislador fue la de limitar su ejercicio a la vida del padre. En cambio, la ley francesa de 1912 sí señaló término en los artículos 11, 12 y 13; y otras legislaciones han hecho lo mismo. Eso explica por qué en aquellos países sí puede iniciarse la acción después de muerto el padre si está pendiente el plazo.

La razón de la omisión del plazo en la prescripción de la acción debe hallarse también en lo que dispone el artículo 403 del Código Civil "ya que si el padre debe intervenir forzosamente en el debate so pena de nulidad, es de rigor deducir que la muerte de éste hace jurídicamente imposible su ejercicio con posterioridad a este suceso".

De acuerdo con el mismo texto, los litigios sobre paternidad deben promoverse contra legítimo contradictor, que, en el caso de autos, "lo es exclusivamente el señor Arturo Londoño y no sus herederos Consuelo Balvin y María de J. Vasco viuda de Londoño".

Excepcionalmente autoriza el citado artículo 404 proseguir la acción contra los herederos del legítimo contradictor cuando éste haya muerto en el "curso de la litis trabada con él, y antes del pronunciamiento de la sentencia".

La exigencia del legítimo contradictor es de orden público, porque el padre es el único que está en posibilidad de infirmar las pruebas que se aduzcan; el único que puede enfrentarse a los litigios con que se puede sorprender a herederos que no están en capacidad de debatir hechos que le son completamente ajenos.

Esto fue lo que el redactor del código chileno "del que el nuestro es un calco" quiso evitar al establecer el legítimo contradictor, que excluye a los herederos en el caso de iniciarse la acción después de muerto el padre, y a los cuales no confiere la legítima contradicción sino cuando "la acción se inicia en vida del padre y éste fallece en su decurso".

La tesis de que la intervención del padre en el juicio de filiación mira solamente a los efectos de la cosa juzgada, o sea, a que el fallo produzca efectos **erga omnes** y no solamente respecto de los que intervinieron en el juicio, conduce al absurdo jurídico de que el declarado hijo natural tenga esta calidad en relación con los que litigaron, pero no respecto de los demás herederos que no fueron citados.

Esto es lo ocurrido en este juicio, en el cual, según dice el Tribunal, "se advierte que no habiendo sido demandado el padre de Arturo Londoño, esta sentencia no le es oponible".

Para evitar esta divisibilidad de estado civil, no puede admitirse que el juicio de filación natural se pueda proponer contra los herederos después de fallecido el padre, quien al tenor del

tantas veces citado artículo 403, es el legítimo contradictor en procesos de esta naturaleza.

La acción de filiación natural es de carácter estrictamente personal tanto por activa como por pasiva, es decir, que el legislador se la otorgó al hijo exclusivamente, no a sus herederos, y al padre, por lo cual después de muerto éste, no puede iniciarse contra sus causahabientes. Y concluye el recurrente "he dejado demostrado ampliamente que el H. Tribunal Superior de Medellín, violó por infracción directa los artículos 403 y 404 del Código Civil en relación con el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, desde que en procesos de esta índole sódo podía ser legítimo contradictor el señor Arturo Londoño y no sus herederos".

Como el opositor solicita que se declare desierto el recurso, por cuanto la demanda de casación no fue presentada dentro del término fijado por el artículo 530 del Código Judicial hay que considerar esta cuestión previamente al estudio del cargo.

Cuando el negocio se hallaba en el penúltimo día del término de fijación en lista, llegó a la secretaría la demanda de casación, presentada personalmente por el apoderado recurrente ante el Tribunal Superior de Medellín.

Se declaró admisible el recurso y se ordenó dar traslado de la demanda a la parte opositora, que contestó oportunamente rebatiendo el cargo. Y en escrito separado hace la solicitud que se considera, dando como razón que la demanda debe presentarse dentro del término impostergable que fija la ley, pues "si no se actúa dentro de un término ordenado por el código y por el fallador, la intervención que sobre el particular tuviere el interesado, necesariamente se hace extemporánea, y por ende, carece de todo valor legal o procedimental".

Es evidente que cuando se posterga una actuación que debe cumplirse dentro del plazo señalado por la ley, o puede tener eficacia. Tal es el caso de que la demanda de casación se presente después de expirados los treinta días de traslado que tiene el recurrente. En este evento por mandato del artículo 532 del Código Judicial se declara desierto el recurso y se condena en costas a la parte recurrente. Cosa diferente ocurre cuando se anticipa la actuación como en el presente caso, en que la demanda se presentó con antelación a la admisión del recurso y el traslado. La ley no priva de eficacia procedimental esta actuación, porque con ella no recibe ningún perjuicio el opositor, pues oportunamente recibió el traslado y lo contestó, que es lo que le corresponde en el recurso a él. La ley procesal sanciona la presentación extemporánea de la demanda de casación, no la cumplida antes del término del traslado.

Al respecto ha dicho la Corte: "Pero nada se opone a que con antelación a dicho plazo pueda aducirse la demanda pues lejos de entorpecerse el procedimiento puede que en algunos casos se acelere. Además la demanda ya ha ingresado al proceso cuando el término para proponerla se conceda, de modo que el opositor la tiene a su disposición en el momento en que le corresponda contestarla, como si se hubiera aducido dentro del plazo respectivo, por lo cual los principios preclusivos no se afectan" (Sentencia del 13 de mayo de 1959).

Se considera:

Los argumentos aducidos por el recurrente, son los mismos que la Corte expuso en los fallos que precedieron al de primero de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, en el cual revaluó la doctrina anterior. En casación de 26 de abril de 1940 se dijo que el derecho para obtener el reconocimiento de la paternidad legítima o ilegítima en el Código Civil colombiano "está expresamente reservado... al hijo que la solicita, con audiencia del padre o madre que se opone. Si no va enderezada contra éstos directamente y los tales no han sido notificados de la demanda o comparecido antes de fallecer, tal acción no puede prosperar porque una decisión contraria equivaldría a desconocer lo consagrado de manera terminante en los artículos 403 a 404 que vienen a tener plena aplicación y procedencia en juicios de filiación natural por mandato del artículo 7º de la Ley 45 de 1936" (G. J. Tomo 49, pág. 263).

Posteriormente, en fallo de 30 de junio de 1941, sentó la doctrina de que el artículo 401 del Código Civil no consagraba la teoría del legítimo contradictor sino el principio de los efectos absolutos de las sentencias sobre filiación, en razón del cual en los juicios sobre ésta, legítima o ilegítima, no era aplicable el artículo 17 del Código Civil que atribuye efectos relativos a las sentencia (G. J. T. 51, pág. 627).

Esta jurisprudencia fue la que rectificó la Corte en sentencia de 1º de octubre de 1945, considerando que si bien los artículos 401 a 404 del Código Civil estatuyen el legítimo contradictor, no es con el alcance de que los juicios sobre filiación legítima o ilegítima deban iniciarse siempre con-

tra el padre personal y directamente, sino con el de que, cuando esto ocurre y el proceso va hasta su terminación, el fallo produzca efectos **erga omnes** como excepción al artículo 17 del mismo Código. Y, en cambio, cuando el litigio se instaura y sigue contra los herederos del supuesto padre, los efectos de la sentencia se producen solamente en relación con los que han intervenido en el juicio; **res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest.**

El estudio completo que por los diversos aspectos de materia tan compleja encierra este fallo, y todos los que ha proferido desde entonces hasta hoy, relacionados con el sujeto pasivo de la acción de filiación natural, ha llevado a la Corte a sostener esa doctrina, porque ella es de aplicación del verdadero alcance que tienen los artículos 401 a 404 del Código Civil y 7º de la Ley 45 de 1936, y el reconocimiento de la justicia que asiste a los presuntos hijos naturales, para que no sólo con citación del supuesto padre, sino de sus herederos, se declare el estado civil que se originó en vida de aquél, por cualquiera de las cinco causales registradas en el artículo 4º de la Ley 45.

Como los fundamentos del cargo no contienen argumento alguno que no esté rebatido en la sentencia de primero de octubre y en los subsiguientes proferidos hasta hoy, en los cuales la Corte ha mantenido la doctrina sobre el verdadero alcance del legítimo contradictor, se transcribe la síntesis de aquélla, expuesta en el capítulo IV.

"Con el fin de relievar claramente el pensamiento de la Sala acerca de algunas de las cuestiones tratadas en este fallo, y que se consideran más importantes, conviene puntualizarlas en sintético resumen:

"a) Los artículos 401 a 404 del Código Civil que no pueden tomarse aisladamente unos de otros, ni desvincularse de las acciones de impugnación de la paternidad legítima y de la maternidad, correspondientes al padre, o a la madre, o a terceros, según la organización que a esas acciones se les da en el mismo estatuto, ni las acciones sobre declaración de la paternidad o maternidad legítima, correspondientes al hijo, establecen legislativamente el sistema de los legítimos contradictores, cuyo objeto es proveer, en algunos casos de esas acciones, excepciones a la regla general de derecho positivo sobre el alcance relativo de las sentencias judiciales.

"b) Sobre este alcance de los artículos mencionados nunca hubo la menor duda en la doctrina de todos los comentadores del código de Chile y del código colombiano, tanto antiguos como modernos, estatutos en que son idénticas esas disposiciones.

"c) Los antecedentes del inciso 2º del artículo 317 del código de Chile, correspondiente al 403 del colombiano, y el modo armónico como se hace patente que debe operar ese mandato en las acciones de filiación, especialmente en materia de disputas sobre la maternidad, acredita incontrovertiblemente que cuando el inciso dispone que "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio so pena de nulidad", lejos está de significar que con el deceso del padre muere la acción del hijo para reclamar su filiación, o la acción del padre o de la madre, para discutir su calidad de tales, pues si se le diera ese significado se derrumbaría toda la estructura legal de las diferentes acciones de filiación, tan científicamente ordenadas en el Código Civil.

"d) De consiguiente, incrustada la noción del legítimo contradictor en las acciones sobre declaración de la filiación natural, creadas en la Ley 45 de 1936, es forzoso aplicarla en ese nuevo campo con el mismo sentido que posee en las acciones de filiación legítima, que como se ha visto, no es de privar al hijo del derecho de reclamar su verdadero estado por la muerte del padre sino el de diferenciar los casos en que la sentencia tiene efectos **erga omnes** de los en que tan sólo tiene efectos relativos.

"e) En la Ley 45 de 1936 se prescindió expresamente de establecer términos especiales de prescripción para la acción de declaración de la filiación natural sobre el particular conviene una reforma legislativa que establezca un término corto y perentorio a título de caducidad, a partir de la muerte del padre, en que la acción sea aceptable contra sus herederos. Esto porque a los herederos no debe dejárseles indefinidamente bajo amenaza de la acción, tanto más difícil para ellos de contradecir cuanto más lejana esté la muerte del presunto padre. Tal reforma tendría también la virtud de acabar con la incertidumbre acerca de que la acción sea viable contra los herederos, incertidumbre que llevó a la Sala desde el año de 1943 en sentencia de 23 de mayo —GACETA JUDICIAL—, tomo LV, página 302—, a sugerir una reforma legislativa que definiera de una vez por todas tan trascendental cuestión. En ese fallo se dijo: "No está fuera de

la normalidad institucional que las sentencias de los Tribunales revelando con interpretaciones contradictorias la oscuridad de una norma positiva, abran el camino a la ley escrita cuya expedición preparan mostrando la necesidad de una regla nueva e inequívoca y hasta sugiriendo su contenido. Para la Sala de Casación Civil puede ser un nuevo aspecto en su función de uniformar la jurisprudencia".

"f) Aceptado, como está de modo unánime, inclusive por las anteriores sentencias de la Sala, que la Ley 45 de 1936 apenas responde a elevados requerimientos de justicia social, al otorgar al hijo natural el derecho de demandar al padre para que con su audiencia se declare su calidad de tal, la misma justicia exige todavía con mayor apremio, que la muerte del padre no prive de la acción al hijo contra sus herederos. Porque si así fuera, quedarían despojados de ese derecho además de los póstumos, aquellos hijos naturales que por haber recibido del padre, en vida, la protección adecuada se sintieron cohibidos para demandarlo por un sentimiento natural de respeto y gratitud. Conclusión que la Sala encuentra reñida con la equidad, la moral y la justicia.

"g) Como el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 crea una acción excepcional de investigación de la paternidad natural, basada en hechos que exigen una previa calificación judicial en sentencia a que haya precedido el más amplio debate contradictorio entre el hijo y el pretendido padre o sus herederos, es gravemente equívoco sostener que una tal calificación pueda intentarse por vía sumaria, por ejemplo, en el juicio de sucesión.

"h) Dada la complejidad que entrañan los cinco hechos que autorizan la investigación de la paternidad natural, se impone el rigor para apreciar y dar por establecidos esos hechos especialmente cuando tiene cabida la prueba testimonial.

"i) Por último, igualmente es conveniente que respecto de las causales 4ª y 5ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 ésta se reforme en el sentido de requerir como necesario para dar por probadas esas causales un principio de prueba por escrito, emanada del pretendido padre, que haga verosímil el hecho litigioso. La comprobación de esos estados no debe dejarse a merced meramente de la prueba testimonial, peligrosa por los abusos que con ellas se cometen. Cuando entre el presunto padre y la madre han existido de manera notoria relaciones sexuales (numeral 4º) o cuando el hijo alega la posesión notoria para obtener la calificación de su filiación natural (ordinal 5º) es natural y obvio que exista prueba literal directa o indirecta, dimanada del padre, de donde se deduzcan aquellas relaciones o se infiera la aceptación de la paternidad. (G. J. número 2.025 a 2.027, tomo 59, página 701).

Infiérese que el cargo de violación directa, o o sea, de una decisión absolutamente contraria a los artículos 403 y 404 del Código Civil en relación con el 7º de la Ley 45 de 1936, carece de todo fundamento, y que no puede prosperar.

No sobra agregar que la observación del Tribunal referente a que la sentencia no le es oponible al padre de Artùro Londoño por no haber sido demandado, no cuenta, porque la demanda advierte que murió antes que su hijo Arturo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de ocho de abril de mil novecientos cincuenta y siete, pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Julián de Jesús o Jesús Joel, Enrique Oriel, María Emilse y Jesús Arturo Sosa, contra la sucesión de Arturo Londoño representada por Consuelo Balvín viuda de Londoño y María de Jesús Vasco de Londoño.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

DIFERENCIA TEORICA QUE LA CIENCIA PROCESAL CONSAGRA ENTRE LA INTERRUPCION Y LA SUSPENSION DE UN PROCESO. — EL CARGO, EN CASACION, POR FALTA DE NOTIFICACION O EMPLAZAMIENTO EN EL JUICIO, SOLO PUEDE INVOCARLO LA PARTE VICTIMA DE TAL OMISION. — PRESUPUESTO PROCESAL DE CAPACIDAD PARA SER PARTE. — EN QUE CONSISTE. — LA AUSENCIA DE PRUEBA SOBRE EL CARACTER DE HEREDERO, IMPLICA SENTENCIA INHIBITORIA, CON CONSECUENCIAS DE COSA JUZGADA FORMAL, Y NO SENTENCIA DE MERITO, CON CONSECUENCIAS DE COSA JUZGADA MATERIAL. — RECTIFICACION DOCTRINARIA. — FUNCIONES DE LA CORTE CUANDO SE FORMULA UN CARGO POR VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANTIVA. — DEBERES DEL FALLADOR ANTES DE ENTRAR EN EL ESTUDIO DE LAS ACCIONES DEDUCIDAS EN EL JUICIO, TRABADA YA LA RELACION JURIDICO-PROCESAL. — CUANDO SE DEMANDA A LA SUCESION O PARA LA SUCESION, LA PARTE REO ESTA CONSTITUIDA POR TODOS LOS HEREDEROS Y LA PARTE ACTORA LO ESTA POR EL HEREDERO O HEREDEROS QUE PIDAN PARA LA COMUNIDAD. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 457 DEL C. JUDICIAL. — REQUISITOS INDISPENSABLES PARA ADMITIR LA PRUEBA SUPLETORIA DEL ESTADO CIVIL. — LA CARENCIA DEL PRESUPUESTO PROCESAL DE CAPACIDAD PARA SER PARTE EN EL DEMANDANTE INHIBE AL FALLADOR DE PRONUNCIARSE EN EL FONDO DE LA ACCION

1.—"En la moderna doctrina procesal, consagrada en algunos códigos de procedimiento civil extranjero, los hechos externos al proceso, ajenos a la actividad de las partes, como la muerte del litigante, o de su apoderado, o la inhabilidad de éste para el ejercicio de la profesión de abogado, dan lugar al fenómeno de la interrupción del juicio, así como los hechos que se producen dentro de éste, por obra de la ley o de la voluntad de los litigantes, por ejemplo, la denuncia del pleito, el conflicto de competencia, la acumulación de autos, etc., ocasionan la suspensión, figura procesal distinta de la anterior" (G. J. Tomo 83, página 48).

2.—Como sólo la parte que no fue legalmente notificada o emplazada en el juicio es la que puede pedir en vía ordinaria la nulidad de éste, el cargo en casación, por este motivo, no lo puede invocar sino esa misma parte o interesado, según se deduce del artículo 457 del mismo Código Judicial, que al respecto dispone: "La parte que no fue legalmente notificada o emplazada..... puede pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad de éste, o puede oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia".

3.—El presupuesto procesal de capacidad para ser parte, dice Eduardo Pallares en su Diccionario de Derecho Procesal:

"Consiste en tener personalidad jurídica o lo que es igual ser persona en derecho. Se dice entonces que carecen de personalidad las instituciones sociales a quienes las leyes no las consideran como persona en derecho... Por tanto, puede decirse, que el primer requisito para figurar como parte en el proceso es de ser persona en derecho" (Pág. 497).

La sucesión no es persona jurídica, como tampoco lo es la masa de bienes del ausente, ni la del concursado civil, ni la del que está por nacer, ni la herencia yacente, sin embargo, presentándose procesos en que ellas se involucran, es necesario precisar el fenómeno que en tales casos ocurre.

Sobre la herencia ha dicho la Corte:

"La comunidad herencial, que es universal, está caracterizada por comprender cuanto por ley transmite el causante, al morir, por activa y por pasiva; por lo indefinido o indeterminado de los elementos

positivos y negativos que la componen, y por la afectación esencial, necesaria e ineludible, del activo por el pasivo hereditario. Pero, no es ente colectivo, no es sujeto de derecho, no es persona; por lo mismo, no puede ser demandada directamente; no tiene, en principio, representante ni órganos; tiene titulares, sí, esto es, individuos físicos o jurídicos, que han recibido la vocación hereditaria de la ley o del testamento.

"Careciendo de capacidad de derecho, no actúa como persona, ni activa ni pasivamente: actúan los titulares de derecho en ella, los sucesores a título universal, porque la calidad de sujetos de derecho no la tienen sino los herederos, que pueden ser personas naturales o jurídicas; no la universalidad, no el patrimonio herencial, que al fin y a la postre no es más que un conjunto de elementos positivos y negativos que existe, como existía antes de fallecer el causante, pero que por haber desaparecido su dueño, están al frente de él sus herederos. La personalidad del causante no es sustituída por la personalidad de un patrimonio, que carece de ella, sino por la personalidad de quienes sí la tienen como sujetos de derecho que son" (G. J. Tomo LXXVIII, página 329). (Lo subrayado es de la Sala).

En relación con estos patrimonios, anota Enrico Redenti, en su obra Derecho Procesal, Tomo I, páginas 166, 167 y 168, lo siguiente:

"Hay también como lo hemos indicado otros casos en que se prevé y se organiza una administración autónoma para la gestión o a veces también para la liquidación, de determinados patrimonios destinados a fines u objetivos previamente establecidos (entre los cuales puede estar también la satisfacción de un grupo de acreedores).... Hay también otros casos en que se organiza una administración para asegurar la conservación de patrimonios o de bienes, mientras se ignora o es incierto o controvertido quién sea el verdadero y efectivo titular de ellos. En todos estos casos, los actos de disposición y de ejercicio de los derechos patrimoniales no pueden llevarlos a cabo sino quienes estén investidos del cargo, función, cometido o misión de administrar. Y estos últimos, a su vez, no actúan como legales representantes sino en su carácter o calidad de gestores, autónomos y autodeliberantes, en función de aquellos objetivos intereses previamente establecidos o de los intereses del titular del desconocido o incierto... De ello surge así una figura que no coincide, ni con el estar en juicio a nombre propio, ni con el estar en juicio a nombre ajeno...".

Como ejemplo del primer grupo de casos incluye la curaduría de la herencia yacente, y la sindicatura de la quiebra, y del segundo, la herencia. Añade que todos estos casos, tienen características propias, pero también presentan algunos aspectos comunes, entre otros este: "Que sujetos activos y pasivos (partes) de las acciones correspondientes al patrimonio y a los bienes, vienen a serlo, en lugar y en vez de los titulares, los gestores o administradores, o también (segundo grupo de casos), que continúen sin duda siendo los titulares, pero en un carácter o calidad distinto y por intereses (total o parcialmente) ajenos (y no sólo propio de ellos). Y sólo ellos pueden legítimamente estar en juicio en carácter y calidad de tales".

Luégo dice: "Aquí sucede precisamente que para proteger la destinación o la finalidad, bien por la imposibilidad de identificar al titular del derecho, bien por interferencia de intereses ajenos protegidos por la ley, el titular del derecho no es ya titular de la acción y ésta se confiere o transfiere en cambio al gestor en razón de su oficio, después de lo cual, si el gestor como tal desciende a la arena para hacerla valer (o para defenderse de ataques ajenos), no se puede decir ni que esté en juicio en nombre propio (ya que no responde personalmente) ni que esté en juicio en nombre de otro (ya que no hay tras de él un sujeto, persona física o jurídica, de quien sea representante). Surge más bien de ahí un tertium genus, que es el de estar en juicio en razón de un cargo asumido en calidad particular de tal".

Es decir, que en los casos previstos, y concretamente en el de la sucesión hereditaria, los herederos asumen el carácter de parte, por activa o por pasiva, no personalmente, ni como representantes de una entidad que carece de personería jurídica, si no por la calidad de herederos de que están investidos, y que desde luego debe apare-

cer comprobada en el proceso, en cuanto a la vocación y a la aceptación se refiere. Lo que indica, como lo anota el autor citado, que existe una tercera categoría dentro del presupuesto procesal, capacidad para ser parte, que es precisamente el caso de quien no comparece en nombre propio, ni en representación de otro, sino por virtud del cargo o calidad, es decir, en el evento contemplado, por ser heredero. Por ende, queda demostrado que todo lo relativo a este aspecto de la cuestión, pertenece al campo procesal y no al sustancial, vale decir, que corresponde a uno de los presupuestos del proceso y no a una de las condiciones de la acción civil, como se había venido considerando por la doctrina. De lo cual se infiere que la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero, implica sentencia inhibitoria, con consecuencias de cosa juzgada formal, y no sentencia de mérito, con consecuencia de cosa juzgada material.

4.—Es sabido que en el estudio de los cargos por violación directa de la ley sustantiva, a la Corte le corresponde considerar una cuestión puramente legal: los hechos se tienen por admitidos tales como los encontró probados el Tribunal de instancia; se trata de saber únicamente si, en presencia de esos hechos, hubo o no por parte del sentenciador quebrantamiento de una o varias disposiciones legales. No hay en este caso, cuestiones relacionadas con la apreciación de las pruebas por parte del Tribunal...

5.—Trabada la relación jurídico-procesal con todos los demandados, que fueron notificados, es deber del fallador, antes de entrar en el estudio de las acciones deducidas en el juicio, cerciorarse primero si están reunidos los presupuestos procesales, para luégo considerar los elementos estructurales de la acción, entre los cuales cuenta la legitimatio ad causam tanto de la parte demandante como de la demandada.

6.—Es doctrina de la Corte:

"Como la sucesión no es una persona jurídica puesto que detrás de la universalidad se perciben claramente los herederos como personas físicas continuadoras de los derechos y obligaciones del difunto, la jurisprudencia tiene establecido que cuando se demanda "a la sucesión" o "para la sucesión", los herederos y la parte actora lo está por el heredero o herederos que pidan para la comunidad" (G. J. Números 1.911, 1.912, tomo 43, páginas 789 y 790; Tomo 45, número 1.930; página 844; 1.949, página 525 y 1.936, página 557).

7.—Si bien el artículo 457 del Código Judicial confiere la acción ordinaria de nulidad de un juicio a la parte que no estuvo debidamente representada en él, tal acción tiene que adelantarse principalmente contra la parte demandante en el mismo o contra los herederos de ella, condición que ha de quedar establecida a plenitud en el juicio de nulidad.

8.—El artículo 19 de la Ley 32 de 1938, solamente agregó a los términos del artículo 395 del Código Civil, la inclusión entre los documentos supletorios de "las actas o partidas existentes en los libros parroquiales extendidas por los respectivos curas párrocos, respecto de nacimientos, matrimonios o defunciones de personas, bautizadas, casadas o muertas en el seno de la iglesia católica".

Sobre la aplicación de estas normas la Corte, haciendo una síntesis de la jurisprudencia imperante, sentó esta doctrina en fallo de casación civil de 13 de octubre de 1955:

"A. Para acreditar el estado civil de las personas son admisibles las pruebas supletorias sólo cuando se comprueba debidamente la falta de las respectivas actas, civiles o eclesiásticas, en los libros de registro;

"B. La falta de la partida principal debe certificarse por el párroco o funcionario que haya debido sentar el acta correspondiente, o sea, el del lugar donde ocurrió el bautizo o nacimiento, matrimonio, muerte. No basta el certificado expedido por cualquier notario o párroco;

"C. La falta de la partida principal puede consistir en la pérdida, extravío o destrucción del acta original, o en que el acta respectiva no se haya sentado en el libro correspondiente por omisión del funcionario encargado de llevar el registro del estado civil o por una causa análoga.

"D. En general, no basta con acreditar la falta de la partida principal en el registro correspondiente, sino que es indispensable justificar la inexistencia del acta original.

"E. Corresponde a los Jueces decidir en

cada caso y teniendo en cuenta las circunstancias que se hayan alegado para justificar la falta de la prueba principal, si es admisible o no la prueba supletoria, especialmente cuando ésta es constituída por testigos, exigiendo el mayor rigor en el examen de esta prueba, a fin de que por tal medio no se altere fraudulentamente el estado civil de las personas, cuestión ésta en que se halla de por medio el orden público vinculado a la organización de la familia" (G. J. 2.159, pág. 422).

De acuerdo con esta doctrina, para admitir la prueba supletoria del estado civil, es necesario que la falta de la partida principal se certifique por el párroco o funcionario a quien tocaba sentar el acta correspondiente, o sea, el del lugar donde ocurrió el bautismo, nacimiento, matrimonio o defunción, pues no basta el certificado de cualquier párroco o funcionario, y además debe justificarse la inexistencia del acta original.

9.—Cuando falta en el demandante el presupuesto procesal de capacidad para ser parte, el juzgador debe, en vez de declarar improcedente la demanda por ilegitimidad de la personería, abstenerse de hacer pronunciamiento sobre el fondo de la acción, por carencia del aludido presupuesto en la parte actora.

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

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

En 20 de enero de 1932, aparece suscrito directamente por Manuel de Jesús Cuaspud y a ruego por Juana Pinchao, casados entre sí, un documento por el cual éstos se declaran deudores solidarios de Luis Rodríguez por la suma de doscientos pesos con intereses del 12% anual y por el térimno de dos años.

Con base en este documento, reconocido por Cuaspud, sin citación alguna de María Rosario Cuaspud presunta heredera de Juana Pinchao, Luis Rodríguez siguió en el Juzgado Municipal de Ipiales juicio ejecutivo, en el cual se libró orden de pago "contra la persona y bienes de Manuel de Jesús Cuaspud".

Dentro de la ejecución se embargó el inmueble denominado Cuchicorral, situado en el Municipio de Ipiales, y perteneciente a la sucesión de Juana Pinchao de Cuaspud. El ejecutante Luis Rodríguez lo remató por cuenta de su crédito, y le fue entregado el 9 de abril de 1935.

Luis Rodríguez según escritura 495 de 29 de diciembre de 1936, ratificada por la número 16 de 11 de enero de 1937, le vendió a Flora Salazar de Rodríguez dicha finca.

Flora Salazar de Rodríguez, por instrumento 391 otorgado el 14 de junio de 1937, le transfirió en venta el mismo bien a Rosa Elena Burbano de Rodríguez. Y ésta, a su vez, se lo vendió a Salvador Tenganan al tenor de la escritura 567 de 5 de noviembre de 1948, en la cual el comprador constituyó hipoteca sobre el mismo predio, para garantizarle el pago de un saldo del precio.

El predio Cachicorral fue adquirido por Visitación y José Aparicio Pinchao para Juana Pinchao al tenor de la escritura 632 de 13 de diciembre de 1923, con la reserva del usufructo para aquellos hasta su muerte, que ocurrió en su orden el 15 de marzo de 1925 y el 16 de octubre de 1930 en Ipiales.

Juana Pinchao contrajo matrimonio con Manuel de Jesús Cuaspud del cual nació María del Rosario Cuaspud. Aquélla murió el 25 de agosto de 1931.

Con respaldo en estos antecedentes ,que son el resumen de los hechos alegados, María del Rosario Cuaspud por medio de apoderado demandó ante el Juzgado del Circuito de Ipiales a Manuel de Jesús Cuaspud, a Flora Salazar de Rodríguez, Célico y Salvador Tenganan y Rafael Sacro, en nombre propio, a Rosa Elena Burbano viuda de Rodríguez, Aníbal y Horacio Rodríguez, Carmen Rodríguez de Alvárez, Luz María Rodríguez de Bastidas, Georgina Rodríguez de Rosero y Amada Rodríguez de Ortiz en su condición de herederos de Luis Rodríguez, para que, previa la tramitación de un juicio ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones:

I. Que se declare la nulidad del juicio ejecutivo adelantado en el Juzgado Municipal de Ipiales por Luis Rodríguez contra Manuel de Jesús Cuaspud, quien compareció como representante de la herencia de Juana Pinchao pero indebidamente.

II. Que la decretada nulidad del juicio, conlleva la del remate del inmueble embargado en la ejecución, y la cancelación del registro del acta respectiva.

III. Que en razón de la declaración de nulidad, se debe cancelar la inscripción del auto de em-

bargo proferido en el ejecutivo el 18 de abril de 1934, y que tanto el Juez Municipal de Ipiales como el ejecutante y el ejecutado, representado éste por sus herederos y por sus causahabientes a título singular, deben pagar a la actora las costas ocasionadas por la nulidad.

IV. Que por consecuencia de la nulidad demandada y en virtud de la escritura 632 de 13 de diciembre de 1923, el fundo Cuchicorral pertenece a la sucesión intestada de Juana Pinchao, representada por la heredera María del Rosario Cuaspud.

V. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se resuelva que "son inoponibles al dominio que tiene y le corresponde a la sucesión o herencia de Juana Pinchao, los siguientes contratos referentes al predio Cuchicorral: el de venta y su ratificación de Luis Rodríguez a Flora Salazar de Rodríguez; la venta a Rosa Elena Burbano de Rodríguez, y la de ésta a Salvador Tenganán.

VI. Que son también inoponibles al dominio que tiene la herencia de Juana Pinchao en la expresada finca: la escritura 567 de 5 de noviembre de 1948 por la cual Salvador Tenganán constituye hipoteca sobre tal bien a favor de Rosa Elena Burbano viuda de Rodríguez en garantía del crédito que confiesa en dicho instrumento, los embargos del mismo predio decretados, uno, por el Juez Municipal de Ipiales en el Ejecutivo de Célico Tenganán contra Salvador Tenganán, y otro, por el Juez Municipal de Potosí en el ejecutivo de Rafael Sacro contra Rosa Burbano viuda de Rodríguez, embargos que se hallan registrados.

VII. Que a virtud de las tres declaraciones inmediatamente anteriores, Salvador Tenganán, actual poseedor del inmueble Cuchicorral, debe restituírlo a María Rosario Cuaspud, como heredera de Juana Pinchao.

VIII. Que Salvador Tenganán debe pagarle a la actora los frutos naturales y civiles que la finca haya producido o debido producir, desde cuando entró en posesión de ella hasta el día de la entrega.

Y que los demandados Manuel de Jesús Cuaspud, Flora de Rodríguez, Aníbal y Horacio Rodríguez, Carmen Rodríguez de Alvarez, María Rodríguez de Bastidas, Georgina Rodríguez de Rosero, Amada Rodríguez de Ortiz y Rosa Elena Burbano de Rodríguez, en su condición de herederas de Luis Rodríguez, a excepción de los dos primeros, que responderán el uno como ejecutado, y la otra como tercera cómplice, de manera solidaria "deben pagar los frutos correspondientes al tiempo transcurrido desde el día en que el fundo Cachicorral fue secuestrado en el ejecutivo cuya nulidad se invoca, hasta el en que Salvador Tenganán entró en posesión de él.

Como acción subsidiaria, "para el caso de no ser procedente todo lo anterior", demanda: "De manera directa, y por los linderos especificados, se decrete la reivindicación de este mismo inmueble Cachicorral contra su actual poseedor material e inscrito el demandado Salvador Tenganán, en favor de la herencia de Juana Pinchao, que representa mi poderdante; condenándosele a dicho demandado, al pago de los frutos naturales y civiles del inmueble desde la fecha en que se le notifique la demanda hasta la entrega".

La primera instancia culminó con la sentencia, que lleva fecha primero de febrero de mil novecientos cincuenta y seis en la cual el Juzgado del Circuito de Ipiales, por no haber acreditado la actora María Rosario Cuaspud "ser representante de la sucesión de Juana Pinchao, como hija legítima de ésta, halló que faltaba el presupuesto procesal de capacidad para ser parte, que debía inhibirse de fallar en el fondo, y declaró improcedente la demanda "por ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandante, o por carencia del presupuesto procesal denominado "capacidad para ser parte".

Habiendo apelado la parte actora, el Tribunal Superior de Pasto desató el recurso mediante sentencia de diecisiete de octubre del mismo año, por la cual confirma la de primer grado.

El fallador de segunda instancia encontró que, con el certificado expedido por la Cancillería de la Diócesis de Pasto sobre que el Corregimiento de San Juan, en jurisdicción del Municipio de Ipiales, solamente se erigió en parroquia el 16 de julio de 1938, con posterioridad al matrimonio contraído en aquel lugar por Manuel de Jesús Cuaspud y Juana Pinchao, aparecía comprobada la legitimación en causa de la parte actora, porque consta que éstos se casaron católicamente; y "que de este matrimonio nació María Rosario Cuaspud, según la partida expedida por el Cura Párroco de Ipiales".

Observa, empero, el Tribunal que el Juez en la sentencia apelada "confunde la capacidad para ser parte con la legitimación en causa; y así, en virtud de esta equivocación, dijo que se trataba de un presupuesto procesal "que no sobra agregar que el fallo en este caso no hace tránsito a

cosa juzgada sustancial sino a cosa juzgada simplemente formal", según palabras textuales".

Pero la legitimación pasiva, añade el fallador de segundo grado, en lo que toca con la sucesión de Luis Rodríguez, demandado en la persona de sus hijos legítimos, como herederos, y con la de Luz María Rodríguez, citada como uno de éstos, dice el fallo recurrido:

"En efecto, no se ha probado, en primer término, que Aníbal Horacio, Amada, Carmen Georgina y Luz Rodríguez hayan nacido en Ipiales del matrimonio de Luis Rodríguez con Rosa Elena Burbano, para que fuera admisible la certificación expedida por el Cura Párroco de Ipiales, la cual a su turno abriría la puerta a la prueba supletoria de la posesión notoria del estado civil".

"Tampoco se ha probado que Guillermo, Hugo, Bayardo, Margot, José María y Cecilia Bastidas Rodríguez, citados en el memorial de fecha 8 de septiembre de 1954 (folio 226, cuaderno número 1º), sean hijos legítimos de Luz María Rodríguez, habidos en el matrimonio con Démecer Bastidas, indicado como padre pero sin allegar prueba alguna".

"Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Tribunal halla que no está acreditada la legitimación en causa, en cuanto atañe a los demandados; y aunque se trate de una cuestión de fondo, no de un presupuesto procesal, debe confirmarse la sentencia ya que no puede desmejorarse la situación del apelante".

"Por tanto, la acción de nulidad del juicio ejecutivo no prospera, como tampoco la restitución del predio Cuchicorral, deducida como una consecuencia de aquélla".

En lo referente a la acción reivindicatoria, ejercitada subsidiaria, pero directamente contra el demandado Salvador Tenganán, sin tener en cuenta la de nulidad del ejecutivo, dice el fallo de segundo grado:

"La acción de dominio, en forma independiente, prosperaría si la sucesión o herencia de Juana Pinchao no hubiese sido demandada en el juicio ejecutivo; pero como fue también ejecutada, mientras no se declare la nulidad del ejecutivo, la acción de dominiio está interferida por el remate llevado a efecto en el dicho proceso". Agrega que si "la herencia o sucesión de Juana Pinchao hubiera sido omitida en el juicio ejecutivo, tendría la calidad de tercera, con facultad para reivindicar los bienes que le pertenecen sin consideración alguna a la nulidad del ejecutivo, pues, en tal situación, con el remate se habría operado una venta de cosa ajena".

El apoderado de la demandante, y como subrogatario de ésta en los derechos litigiosos sobre el inmueble **sub judice**, interpuso contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, recurso de casación, que, habiendo recibido la tramitación que le es propia, entra a decidirse.

CARGOS

Cinco cargos le hacen el resurrente a la sentencia del Tribunal, dos con base en la causal 6ª, y tres en la primera del artículo 520 del Código Judicial los cuales se estudian en el orden lógico que imponen la naturaleza de ellos y la forma subsidiaria en que se propuso una de las acciones.

I y II

El primer cargo lo presenta estimando que el juicio se halla viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción, en cuanto la suspensión del juicio por muerte de la demandada Luz María Rodríguez no podía levantarse sino cuando se hubiera citado a sus herederos, esto es, a los llamados a sucederle por razón del parentesco, y que, además, hubieran aceptado la herencia expresa o tácitamente.

También impugna la sentencia por estar viciado el juicio de nulidad, proveniente de que los herederos de Luz María Rodríguez no fueron citados o emplazados en forma legal. Son, pues, dos las causales de la nulidad alegada como cargo, "la incompetencia de jurisdicción" y "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio". (Artículo 448, 1ª y 3ª C. J.).

Funda la primera impugnación con este razonamiento que se compendia:

La actuación se declaró nula por el Tribunal en auto de diez y siete de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro" a partir del 15 de septiembre de 1950, día del fallecimiento de Luz María Rodríguez de Bastidas en adelante".

Desde esta fecha el Juez perdió la competencia para proseguir la actuación, mientras no se cumpliera con el requisito de citar a los herederos de la demandada, carente de apoderado en el juicio. Es decir, que para que readquiriera esa competencia, era indispensable citar a las personas que tuvieran con Luz María Rodríguez el grado de parentesco requerido por la ley para heredarla y, que, además, hubieran aceptado la herencia.

La citación que se hizo, en el carácter de hijos legítimos, a Guillermo y Hugo Bastidas Rodríguez

directamente por ser mayores de edad, y a Bayardo, Margot, José María y Cecilia Bastidas Rodríguez por medio de su padre legítimo, Démecer Bastidas, por ser menores de edad, no tiene valor legal para levantar la suspensión del juicio decretada por el Tribunal, dado que no se adujeron ni la partida matrimonial de Démecer Bastidas con Luz María Rodríguez ni las de nacimiento de los hijos citados.

En estas condiciones, prosigue el recurrente, "es ilegal considerar que estas personas son herederas o representan la herencia de la causante y demandada fallecida, y que, por lo mismo, con la notificación que se les hizo por la Secretaría quedó legalmente levantada la suspensión del juicio, que por ministerio de la ley ocurrió por la muerte de Luz María Rodríguez".

Cita una doctrina de la Corte, en la cual a propósito de haberse emplazado como a personas inciertas a los herederos de cuatro demandantes fallecidos en el curso del juicio, y teniendo en cuenta las normas que consagra el Código Civil para obtener la declaratoria de yacencia de una herencia y la designación de un curador de ella, al cual compete la representación de la misma mientras comparecen los herederos, consideró que el emplazamiento era ilegal por haberse pretermitido aquellas formalidades de orden público y, en conclusión de estas premisas, declaró la nulidad por falta de citación y emplazamiento, no por incompetencia de jurisdicción.

Respaldado en esta doctrina de la Corte, expone la demanda de casación que también afecta al juicio el motivo 3º de nulidad, porque los herederos de Luz María Rodríguez no han sido citados o emplazados.

Se considera:

Habiéndose declarado por el Tribunal, en la mentada providencia, la nulidad de todo lo actuado desde el día en que falleció la demandada Luz María Rodríguez, de conformidad con lo estatuído en los artículos 147, ordinal 3º y 370, ordinal 2º del Código Judicial. la suspensión de la competencia terminaba una vez notificados los herederos de la extinta de que podían seguir interviniendo en el juicio.

El hoy recurrente y cesionario de los derechos litigiosos de la actora, entonces apoderado de la misma, solicitó que se citara a Guillermo, Hugo, Bayardo, Margot, José María y Cecilia Bastidas Rodríguez, hijos legítimos de la demandada, a los dos primeros directamente por ser mayores de edad, y a los otros, como menores, por medio de su padre legítimo, Démacer Bastidas.

El Juzgado así lo dispuso en providencia de veintiuno de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, que fue cumplida, y, por consecuencia de ella, se prosiguió la actuación a solicitud del mismo litigante (folios 229, cuaderno 12), y se le declaró subrogado en los derechos litigiosos de María Rosario Cuaspud.

Cumplida la citación, de quienes según la actora, tenían la representación de la demandada fallecida, la suspensión de los términos y de la competencia, al tenor de los preceptos citados se levantó, sin que sea óbice para ello el que no se hayan traído las actas de matrimonio de Démecer Bastidas con la extinta Luz María Rodríguez ni las de nacimiento de sus hijos citados. La falta de estas pruebas no toca propiamente con la incompetencia de jurisdicción sino con el presupuesto procesal de capacidad para ser parte aquella demandada, y, por ende, de sus representantes en la prosecución del juicio.

Ya la Corte, en auto de sala plena de casación, habló de la diferencia teórica que la ciencia procesal consagra entre la interrupción y la suspensión de un proceso. Dice la Corte: "En la moderna doctrina procesal, consagrada en algunos códigos de procedimiento civil extranjeros, los hechos externos al proceso, ajenos a la actividad de las partes, como la muerte del litigante, o de su apoderado, o la inhabilidad de éste para el ejercicio de la profesión de abogado, dan lugar al fenómeno de la interrupción del juicio, así como los hechos que se producen dentro de éste, por obra de la ley o de la voluntad de los litigantes, como por ejemplo, la denuncia del pleito, el conflicto de competencia, la acumulación de autos, etc., ocasionan la suspensión, figura procesal distinta de la anterior" (G. J. T. Nº 83, pág. 48).

Al cargo de invalidez de la actuación por falta de citación y emplazamiento de los herederos de Luz María Rodríguez, se le hacen estas observaciones: La notificación de las personas indicadas por la parte actora como los herederos de Luz María Rodríguez, se hizo en la forma que se deduce de los artículos 370 y 312 del Código Judicial. Como sólo la parte que no fue legalmente notificada o emplazada en el juicio es la que puede pedir en vía ordinaria la nulidad de éste, el cargo en casación, por este motivo, no lo puede

invocar sino esa misma parte o interesado, según se deduce del artículo 457 del mismo Código Judicial, que al respecto dispone: "La parte que no fue legalmente notificada o emplazada.... puede pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad de éste, o puede oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia".

Los cargos no pueden prosperar:

III

En razón de haber considerado la sentencia respecto de la súplica de nulidad, que la legitimación en causa de la parte demandada no estaba probada, el recurrente le hace dos cargos, el primero por ser violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea de los artículos 1.155, 1.297, 1.298 y 1.299 del Código Civil y haber dejado de aplicar los preceptos 457 del Código Judicial, 1.434, 1.740, 1.741 y 1.746 de la primera obra, y el segundo, por error de hecho en la apreciación de las pruebas aducidas para demostrar que Aníbal, Horacio, Georgina, Amada, Carmen y Luz María Rodríguez son hijos legítimos de Luis Rodríguez.

Resumiendo el primero, lo expone así:

Entre los sujetos pasivos de la acción de nulidad figura "la herencia de Luis Rodríguez", representada por los posibles herederos Aníbal, Horacio, Amada, Carmen, Georgina, y Luz María Rodríguez. De éstos sólo hicieron actos de heredero Aníbal y Horacio, que propusieron excepciones dilatorias, y manifestaron que eran herederos de Luis Rodríguez. Los demás guardaron silencio al notificárseles la demanda, es decir, no ejecutaron actos de heredero que hagan presumir la aceptación de la herencia. Por lo mismo, al estimar que ,no obstante no aparecer esta aceptación de parte de Luz María Rodríguez, debía ser tenida como sujeto pasivo de la acción de nulidad, lo mismo que sus herederos, en razón de haber muerto ella en el curso del juicio sin haber constituído apoderado, el fallador violó "de manera directa, y por interpretación errónea el artículo 1.155 del Código Civil, que dice que los herederos representan la herencia; el artículo 1.297 que ordena, aún de oficio, declararse yacente la herencia que no se ha aceptado por las personas que tienen la vocación hereditaria; el artículo 1.298 que dice como puede aceptarse una herencia expresa o tácitamente; y el artículo 1.299 del mismo Código Civil, que indica no ser un acto de aceptación el notificarse simplemente del auto que admite la demanda contra la herencia de quien, por el demandante, se dice ser el notificado heredero. Artículos que al aplicarlos al caso debatido, como si Luz María de Bastidas fuese heredera de Luis Rodríguez y que como tal hubiese actuado en el juicio hasta su muerte, y violándolos por consiguiente, a su vez, condujeron al mismo Tribunal, a quebrantar también los artículos 457 del Código Judicial, 1.434, 1.740, 1.741 y 1.746 del Código Civil, en que se fundamentó la acción de nulidad...".

La contradicción que resulta entre este cargo y el anterior pretende explicarla el recurrente diciendo que solamente deben tenerse como representantes de una herencia demandada aquellos respecto de los cuales aparezca en el juicio que han aceptado la herencia, no los demás citados en la demanda, y que el cargo de nulidad lo propone como subsidiario de los demás.

Se considera:

Para mejor fijar el alcance del cargo, se transcribe el aparte correspondiente del fallo del Tribunal, que dice: "Legitimación pasiva. Si la legitimación activa está probada suficientemente, no ocurre lo propio respecto de la pasiva en cuanto atañe a la parte demandada, en relación con las distintas sucesiones. En efecto, no se ha probado, en primer término, que Aníbal, Horacio, Amada, Carmen, Georgina y Luis Rodríguez hayan nacido en Ipiales, del matrimonio de Luis Rodríguez con Rosa Elena Burbano, para que fuera admisible la certificación expedida por el Cura Párroco de Ipiales (folio 30, cuaderno número 2) la cual a su turno abriría la puerta a la posesión notoria de estado civil. Tampoco se ha probado que Guillermo, Hugo, Bayardo, Margot, José María y Cecilia Bastidas Rodríguez, citados en el memorial de fecha 8 de septiembre de 1954 (folios 226, cuaderno número 1º), sean hijos legítimos de Luz María Rodríguez de Bastidas, habidos en el matrimonio con Démecer Bastidas, indicado como padre, pero sin allegar prueba alguna. Con fundamento en los anteriores expuestos, el Tribunal halla que no está acreditada la legitimación en causa, en cuanto atañe a los demandados; y aun cuando se trata de una cuestión de fondo, no de un presupuesto procesal, debe confirmarse la sentencia ya que no puede desmejorarse la situación del apelante".

La disparidad de conceptos entre el Juez de primera instancia y el Tribunal Superior en considerar que la calidad de heredero, por activa o por pasiva, es parte del presupuesto procesal lla-

mado capacidad para ser parte, según el primero, y elemento de la legitimación en causa o de la misma acción, para el segundo; y las frecuentes confusiones que sobre el particular traen los fallos remitidos en casación, llevan a la Corte a aclarar la cuestión de si la calidad o carácter de heredero en que concurre cualquiera o ambas partes en un juicio, es elemento que pertenezca a dicho presupuesto procesal o a la legitimación en causa, parte estructural o esencial de la acción.

El presupuesto procesal de capacidad para ser parte, dice Eduardo Pallares en su diccionario de Derecho Procesal:

"Consiste en tener personalidad jurídica o lo que es igual ser persona en derecho. Se dice entonces que carecen de personalidad las instituciones sociales a quienes las leyes no las consideran como persona en derecho... Por tanto, puede decirse, que el primer requisito para figurar como parte en el proceso es de ser persona en derecho" (Pg. 497).

La sucesión no es persona jurídica, como tampoco lo es la masa de bienes del ausente, ni la del concursado civil, ni la del que está por nacer, ni la herencia yacente, sinembargo, presentándose procesos en que ellas se involucran, es necesario precisar el fenómeno que en tales casos ocurre.

Sobre la herencia ha dicho la Corte:

"La Comunidad herencial, que es universal, está caracterizada por comprender cuanto por ley transmite el causante, al morir, por activa y por pasiva; por lo indefinido o indeterminado de los elementos positivos y negativos que la componen, y por la afectación esencial, necesaria e ineludible, del activo por el pasivo hereditario. Pero, no es ente colectivo, no es sujeto de derecho, no es persona; por lo mismo, no puede ser demandada directamente; no tiene, en principio, representante ni órganos; tiene titulares, si, esto es, individuos físicos o jurídicos, que han recibido la vocación hereditaria de la ley o del testamento.

"Careciendo de capaciadd de derecho, no actúa como persona, ni activa ni pasivamente: actúan los titulares de derechos en ella, los sucesores a título universal, porque **la calidad de sujetos de derecho no la tienen sino los herederos, que pueden ser personas naturales o jurídicas;** no la universalidad, no el patrimonio herencial, que al fin y a la postre no es más que un conjunto de elementos positivos y negativos que existe, como existía antes de fallecer el causante, pero que por haber desaparecido su dueño, están al frente **de él sus herederos. La personalidad del causante** no es sustituída por la personalidad de un patrimonio, que carece de ella, **sino por la personalidad de quienes sí la tienen como sujetos de derecho** que son" (G. J. Tomo LXXVIII. Pág. 329).

En relación con estos patrimonios, anota Enrico Redenti, en su obra Derecho Procesal, Tomo I, Págs. 166, 167 y 168, lo siguiente:

"Hay también como lo hemos indicado, otros casos en que se prevee y se organiza una administración autónoma para la gestión o a veces también para la liquidación, de determinados patrimonios destinados a fines u objetivos previamente establecidos (entre los cuales puede estar también la satisfacción de un grupo de acreedores)... Hay también otros casos en que se organiza una administración para asegurar la conservación de patrimonios o de bienes, mientras se ignora o es incierto o controvertido quién sea el verdadero y efectivo titular de ellos. En todos estos casos, los actos de disposición y de ejercicio de los derechos patrimoniales no pueden llevarlos a cabo sino quienes estén investidos del cargo, función, cometido o misión de administrar. Y estos últimos, a su vez, no actúan como legales representantes sino en su **carácter o calidad de gestores,** autónomos y autodeliberantes, en función de aquellos objetivos intereses previamente establecidos o de los intereses del titular del desconocido o incierto... De ello surge así una figura que no coincide, ni con el estar en juicio a nombre propio, ni con el estar en juicio a nombre ajeno...."

Como ejemplo del primer grupo de casos incluye la curaduría de la herencia yacente, y la sindicatura de la quiebra, y del segundo, la herencia. Añade que todos estos casos tienen características propias, pero también presentan algunos aspectos comunes, entre otros este: "Que sujetos activos y pasivos **(partes) de las acciones** correspondientes al patrimonio y a los bienes, vienen a serlo, en lugar y en vez de los titulares, los gestores o administradores, o también, (segundo grupo de casos), que continúen sin duda siéndolo los titulares, pero en un carácter o calidad distinto y por intereses (total o parcialmente) ajenos (y no sólo propios de ellos). Y sólo ellos pueden legítimamente estar en juicio en carácter y calidad de tales".

Luégo dice: "Aquí sucede precisamente que para proteger la destinación o la finalidad, bien por la imposibilidad de identificar al titular del derecho, bien por interferencia de intereses ajenos protegidos por la ley, el titular del derecho no es ya titular de la acción y ésta se confiere o

transfiere en cambio al gestor en razón de su oficio, después de lo cual, si el gestor como tal desciende a la arena para hacerla valer (o para defenderse de ataques ajenos), no se puede decir ni que esté en juicio en nombre propio (ya que no responde personalmente) ni que esté en juicio en nombre de otro (ya que no hay tras de él un sujeto, persona física o jurídica, de quien sea representante). Surge más bien de ahí un **tertium genus**, que es el de estar en juicio en razón de un cargo asumido en calidad particular de tal".

Es decir, que en los casos previstos, y concretamente en el de la sucesión hereditaria, los herederos asumen el carácter de parte, por activa o por pasiva, no personalmente, ni como representantes de una entidad que carece de personería jurídica, sino por la calidad de herederos de que están investidos, y que desde luego debe aparecer comprobada en el proceso, en cuanto a la vocación y a la aceptación se refiere. Lo que indica, como lo anota el autor citado, que existe una tercera categoría, dentro del presupuesto procesal, capacidad para ser parte, que es precisamente el caso de quien no comparece en propio nombre, ni en representación de otro, sino por virtud del cargo o calidad, es decir en el evento contemplado por ser heredero. Por ende, queda demostrado que todo lo relativo a este aspecto de la cuestión, pertenece al campo procesal y no al sustancial, vale decir, que corresponde a uno de los presupuestos del proceso y no a una de las condiciones de la acción civil como se había venido considerando por la doctrina. De lo cual se infiere que la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero, implica sentencia inhibitoria, con consecuencias de cosa juzgada formal, y no sentencia de mérito, con consecuencia de cosa juzgada material.

Es sabido que en el estudio de los cargos por violación directa de la ley sustantiva, a la Corte le corresponde considerar una cuestión puramente legal: los hechos se tienen por admitidos tales como los encontró probados el Tribunal de instancia; se trata de saber únicamente si, en presencia de esos hechos, hubo o no por parte del sentenciador quebrantamiento de una o varias disposiciones legales. No hay en este caso, cuestiones relacionadas con la apreciación de las pruebas por parte del Tribunal...

Corresponde por consiguiente ver si el fallador violó por interpretación errónea las normas a que se refiere el cargo, a causa de haber hallado que la capacidad para ser parte en las demandadas no estaba probada por dos razones: porque no se acreditó que los seis reos citados como hijos legítimos de Luis Rodríguez, entre ellos Luz María Rodríguez, hayan nacido en Ipiales del matrimonio de éste con Rosa Elena Burbano; y porque tampoco se demostró que Guillermo, Hugo, Bayardo, Margot, José María y Cecilia Bastidas Rodríguez, señalados por la parte actora para representar a Luz María Rodríguez, sean hijos legítimos habidos en el matrimonio de ésta con Démecer Bastidas.

Debe tenerse de presente que, en la acción de nulidad del juicio ejecutivo, fueron demandados en representación de la sucesión de Luiz Rodríguez, ejecutante, sus hijos Aníbal, Horacio, Amada, Carmen, Georgina y Luz María Rodríguez; que todos fueron notificados de la admisión de la demanda; que Luz María Rodríguez murió después de haber recibido esta notificación, sin que hubiera dado respuesta a ella ni hubiera constituído procurador judicial, y que, para la prosecución del juicio, el apoderado de la parte actora pidió se citara a Guillermo, Hugo, Bayardo, Margot, José María Bastidas Rodríguez, hijos de la extinta en su matrimonio con Démecer Bastidas.

En estas condiciones, habiéndose trabado la relación jurídico procesal con todos los demandados, que fueron notificados, era un deber del fallador, antes de entrar en el estudio de las acciones deducidas en el juicio, cerciorarse primero si estaban reunidos los presupuestos procesales, para luégo considerar los elementos estructurales de la acción, entre los cuales cuenta la **legitimatio ad causan** tanto de la parte demandante como de la demandada.

Apareciendo en el libelo demandados como herederos o representantes de la sucesión de Luz María Rodríguez sus hijos legítimos Aníbal, Horacio, Amada, Carmen, Georgina y Luz María Rodríguez, sin que la demanda se hubiera reducido a los que la contestaron, era un deber del fallador determinar si estaba o no comprobado que fueran todos hijos legítimos de Luis Rodríguez y Rosa Elena Burbano. Es doctrina de la Corte: "Como la sucesión no es una persona jurídica puesto que detrás de la universalidad se perciben claramente los herederos como personas físicas continuadoras de los derechos y obligaciones del difunto, la jurisprudencia tiene establecido que cuando se demanda "a la sucesión" o "para la sucesión", la parte reo está constituída por todos los herederos y la parte actora lo

está por el heredero o herederos que pidan para la comunidad". (G. J. Números 1.911, 1.912. Tomo 43, páginas 789 y 790. Tomo 45 número 1.930 página 844; 1.949 página 525 y 1.936, página 557).

Habiendo muerto la demandada Luz María Rodríguez después de haber sido notificada del auto admisorio de la demanda sin que hubiera constituído apoderado en el juicio, y proseguido esta después de la citación sus hijos legítimos, Guillermo, Hugo, Bayardo, Margot, José María y Cecilia Bastidas, indicados por el mismo recurrente, el juzgador, por la misma razón, debía buscar si la calidad de hijos legítimos y de herederos estaba o no comprobada. Halló el Tribunal que no y por eso concluyó que no estaba demostrada la legitimación en causa de la parte demandada, la capacidad para ser parte, según la rectificación doctrinaria que se hace en este fallo.

Ante esta conclusión de la sentencia, no se ve cómo el fallador haya podido violar por interpretación errónea el artículo 1.155 que le da a los herederos la representación del causante, porque en esta radica la razón de que en una demanda contra una sucesión por regla general la parte reo esté constituída por todos los herederos; ni el 1.297, que dispone la manera de declararse yacente una herencia, ya que tal actuación que es parte del juicio de sucesión, como lo dice el artículo 983 del Código Judicial no podía cumplirla el Juzgado de primera instancia como un incidente del juicio ordinario, al cual no podía acumularse; ni el 1.298 y el 1.299 del mismo que tratan de la aceptación expresa o tácita de una herencia, porque, no obrando la prueba del parentesco de los señalados como hijos de Luis Rodríguez, ni de los de Luz María Rodríguez, no tenía ningún objeto que el fallador considerara aquel factor. De otra parte, si bien el artículo 457 del Código Judicial confiere la acción ordinaria de nulidad de un juicio a la parte que no estuvo debidamente representada en él, tal acción tiene que adelantarse principalmente contra la parte demandante en el mismo o contra los herederos de ella, condición que ha de quedar establecida a plenitud en el juicio de nulidad, que es lo que no ha ocurrido en el caso presente. Pues visto está que no se comprobó que los demandados Aníbal, Horacio, Amada, Carmen, Georgina y Luz María Rodríguez sean herederos de Luis Rodríguez, parte ejecutante en el juicio cuya nulidad se impetra, ni que Guillermo, Hugo, Bayardo, Margot, José María y Cecilia Bastidas lo sean de Luz María Rodríguez, demandada que murió sin haber constituído apoderado en este ordinario.

No se da, por tanto, la violación de ninguna de las normas citadas por el recurrente.

El cargo no prospera:

IV

La otra impugnación la anuncia por error de hecho "que aparece a simple vista", consistente en que el Tribunal no apreció las pruebas que demuestran que los hijos de Luis Rodríguez y Rosa Elena Burbano nacieron en Ipiales, y así violó de manera indirecta "los artículos 395 (subrogado por la Ley 92 de 1938), 397, 398, 399 del Código Civil, que indican la manera de probarse el estado civil de hijos legítimos a falta de la prueba principal, por medio de la posesión notoria de tales estados civiles y los artículos 457 del Código Judicial, 1.434, 1.740, 1.741 y 1.746 del citado Código Civil, en los cuales se fundamentó la acción de nulidad".

Sustenta la tacha transcribiendo la parte de la sentencia en que el Tribunal dice que no se ha comprobado que Aníbal, Horacio, Amada, Carmen, Georgina y Luz María Rodríguez hayan nacido en Ipiales, del matrimonio de Luis Rodríguez con Rosa Elena Burbano, "para que fuera admisible la certificación expedida por el Cura Párroco de Ipiales, la cual a su turno abriría la puerta a la prueba de la posesión notoria del estado civil".

Se refiere en seguida a la prueba que en su concepto demuestra que los hijos de Luis Rodríguez nacieron en Ipiales y que son:

La partida que acredita que aquél se casó allí católicamente con Rosa Elena Burbano en 1912; la de defunción del mismo Rodríguez, acaecida el 22 de septiembre de 1946 en Ipiales, de las cuales deduce, que sus hijos nacieron en tal Municipio, dada la afirmación de los testigos Victoriano Almeida, Alfonso Miranda y Florentino Castro de que los esposos Rodríguez y Burbano vivieron en Ipiales desde que se casaron hasta cuando murió el primero.

Luégo de transcribir lo que al respecto dicen Victoriano Almeida y Floerentino Castro concluye: "Cuyas pruebas, el Tribunal las pasó por alto, o no las tuvo en cuenta, y las cuales dejan la evidencia contraria a la afirmación del Tribunal de que no está demostrado que Aníbal, Horacio, Georgina, Luz María y Amada Rodríguez, como también Carmen Rodríguez hubiesen nacido aquí, en Ipiales; y por ende patentizan el error de hecho en que incurrió el Tribunal para hacer

tal afirmación, contraria a la evidencia procesal de que ellos nacieron en Ipiales".

Considerandos:

El demandante estaba obligado a acreditar que Aníbal, Horacio, Amada, Carmen, Georgina y Luz María Rodríguez son herederos de Luis Rodríguez como hijos legítimos del mismo y de su cónyuge Rosa Elena Burbano de Rodríguez, a falta del reconocimiento que se les hubiera hecho en el sucesorio correspondiente, con las actas de nacimiento de los mismos, la de matrimonio de sus padres, la de defunción de Luis Rodríguez y la aceptación expresa o tácita de la herencia. Solamente adujo la del matrimonio Rodríguez-Burbano, celebrado ante el Cura Párroco de Ipiales el 3 de noviembre de 1912 (folios 31 vuelto, cuaderno 2) y la de defunción de Luis Rodríguez, acaecida en el mismo municipio el 22 de septiembre de 1946.

Para establecer el nacimiento de los seis hijos legítimos pretendió recurrir a la prueba supletoria, y al respecto trajo al expediente el certificado extendido por el Cura Párroco de la Iglesia de San Pedro Mártir de Ipiales, al tenor del cual "habiendo buscado los libros de bautizos de esta parroquia en los años de 1903 a 1919, no se encuentran las partidas de bautizo de Aníbal, Horacio, Amada, Carmen, Georgina y Luz Rodríguez, hijos de Luis Rodríguez y Rosa Elena Burbano".

Igualmente se recibieron las declaraciones de Victoriano Almeida Alfonso Miranda y Florentino Castro, quienes, sobre el particular, declaran, el primero, que es verdad que en Ipiales tuvieron sus nombrados hijos; el segundo y el tercero, que por ser de pública notoriedad, allí nacieron éstos, pero ninguno expone que el nacimiento de los seis hijos le conste por haberlo presenciado. Y es lógico que así depongan, porque el interrogatorio se encaminó a probar la posesión notoria del estado de casados de los cónyuges Rodríguez y Burbano y la de hijos legítimos de éstos por parte de Aníbal, Horacio, Amada, Carmen, Georgina y Luz María Rodríguez, no propiamente el lugar donde éstos nacieron.

El artículo 395 del Código Civil autoriza demostrar el estado civil a "falta de las actas principales con otros documentos auténticos, con declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata y en defecto de éstas con la posesión notoria del estado civil".

El artículo 19 de la Ley 32 de 1938, solamente agregó a los términos del artículo 395, la inclusión entre los documentos supletorios de "las actas o partidas existentes en los libros parroquiales extendidas por los respectivos curas párrocos, respecto de nacimientos, matrimonios o defunciones de personas bautizadas, casadas o muertas en el seno de la iglesia católica".

Sobre la aplicación de estas normas la Corte, haciendo una síntesis de la jurisprudencia imperante, sentó esta doctrina en fallo de casación civil de 13 de octubre de 1955:

"A. Para acreditar el estado civil de las personas son admisibles las pruebas supletorias sólo cuando se comprueba debidamente la falta de las respectivas actas, civiles o eclesiásticas, en los libros de registro;

"B. La falta de la partida principal debe certificarse por el párroco o funcionario que haya debido sentar el acta correspondiente, o sea, el del lugar donde ocurrió el bautizo o nacimiento, matrimonio, muerte. No basta el certificado expedido por cualquier notario o párroco;

"C. La falta de la partida principal puede consistir en la pérdida, extravío o destrucción del acta original, o en que el acta respectiva no se haya sentado en el libro correspondiente por omisión del funcionario encargado de llevar el registro del estado civil o por una causa análoga.

"D. En general, no basta con acreditar la falta de la partida principal en el registro correspondiente, sino que es indispensable justificar la **inexistencia del acta original.**

"E. Corresponde a los Jueces decidir en cada caso y teniendo en cuenta las circunstancias que se hayan alegado para justificar la falta de la prueba principal, si es admisible o no la prueba supletoria, especialmente cuando ésta es constituída por testigos, exigiendo el mayor rigor en el examen de esta prueba, a fin de que por tal medio no se altere fraudulentamente el estado civil de las personas, cuestión ésta en que se halla por medio el orden público vinculado a la organización de la familia" (G. J. 2.159, pág. 422).

De acuerdo con esta doctrina, para admitir la prueba supletoria del estado civil, es necesario que la falta de la partida principal se certifique por el párroco o funcionario a quien tocaba sentar el acta correspondiente, o sea, el del lugar donde ocurrió el bautismo, nacimiento, matrimonio o defunción, pues no basta el certificado de cualquier párroco o funcionario, y además debe justificarse la inexistencia del acta original.

En el caso **sublite**, para poder aceptar el certificado del Párroco de San Pedro Mártir de Ipia-

les sobre no haber encontrado las partidas de bautismo de los seis hermanos Rodríguez Burbano, **era indispensable** que se acreditara, como lo exige el Tribunal, que éstos nacieron en Ipiales; de otro modo el certificado no puede abrir la entrada a la prueba supletoria. Ya se vio cómo los testigos Almeida, Castro y Miranda, por la finalidad con que se les pidió el testimonio y por la manera como deponen, no acreditan el hecho de que los demandados Rodríguez Burbano hayan nacido o hayan sido bautizados en Ipiales, para que en aquel despacho parroquial se hubieran sentado las actas correspondientes. De otra parte, no obstante tratarse de seis partidas que han debido sentarse en un lapso mínimo de ocho a diez años, la parte actora tampoco ha justificado la inexistencia de ella.

No ha habido, pues, error de hecho evidente en la apreciación de la prueba aducida, para que no se admitiera respecto de Aníbal, Horacio, Amada, Carmen, Georgina y Luz María Rodríguez, la prueba supletoria de la posesión del estado civil de hijos legítimos de Luis Rodríguez y Rosa Elena Burbano, y, por lo mismo, no se acepta el cargo.

V

Respaldado en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial impugna la sentencia por error de hecho "que salta a la vista" en la apreciación de la prueba" consistente en las copias allegadas a este ordinario del juicio ejecutivo que se siguió en el Juzgado Municipal de Ipiales por el finado Luis Rodríguez contra su deudor solidario con la herencia de Juana Pinchao-Manuel de Jesús Cuaspud, por consecuencia del cual violó indirectamente los artículos 946, 952, 1.871 y 741 inciso 3º del Código Civil.

El error de hecho consistió en que el Tribunal consideró que tal prueba acredita: a) Que la ejecución se siguió contra la herencia de Juana Pinchao "bien o mal representada"; b) En que en tal juicio se remató un bien de la parte ejecutada; y c) Que por dicha razón el remate es un título traslaticio de dominio del bien Cuchicorral de la herencia de Juana Pinchao al ejecutante y rematador.

La sola lectura del mandamiento de pago indica que el ejecutivo se trabó entre Luis Rodríguez, por activa, y Manuel de Jesús Cuaspud, por pasiva, personalmente y no como heredero de Juana Pinchao ni como representante de la heredera María Rosario Cuaspud, pues "la orden de pago se dio en tal ejecutivo contra la persona y bienes de Manuel de Jesús Cuaspud, mayor de edad y vecino de Ipiales". Resulta así "un error de bulto la creencia del Tribunal de que la ejecución se adelantó contra la herencia de Juana Pinchao, bien o mal representada; y por consiguiente también un error de hecho, protuberante, que en tal ejecución, habiéndose librado el mandamiento de pago en esta forma fue parte la herencia expresada, y se remató el inmueble a ella y no a Manuel de Jesús Cuaspud que dimitió lo ajeno, y que el título consistente en el acta de adjudicación o remate del fundo Cuchicorral, por ende, trasladó de cabeza de la herencia de Juana Pinchao el dominio de este inmueble a la cabeza de Luis Rodríguez". Este error lo llevó de manera indirecta al quebrantamiento de las normas citadas, la primera de las cuales define la reivindicación; la segunda, indica contra quién se dirige esta acción, la tercera le da validez a la venta de cosa ajena mientras no hayan prescrito los derechos del dueño, la cuarta, le da al Juez en las ventas forzadas la representación de la persona cuyo dominio se transfiere, y el último, le otorga al poseedor la presunción de dueño mientras el reivindicador no justifique serlo.

Se considera:

Para apreciar el mandamiento ejecutivo, es necesario tener en cuenta: 1º El documento suscrito en Ipiales el veinte de enero de mil novecientos treinta y dos, por el cual Manuel de Jesús Cuaspud y Juana Pinchao, casados entre sí, "de manera mancomunada y solidaria" se declararon deudores de Luis Rodríguez por la suma de $ 200.00 a mutuo por el término de dos años; 2º Este documento fue firmado directamente por Cuaspud y a ruego de Juana Pinchao por Ernesto Pantoja, pero la fecha del documento es posterior a la de defunción de Pinchao, acaecida el 24 de agosto de 1931; 3º La demanda ejecutiva la instauró Luis Rodríguez contra la herencia de Juana Pinchao, representada por Manuel de Jesús Cuaspud en su carácter de deudor solidario; Juana Pinchao no podía reconocerlo, porque ya había muerto; 4º El documento o título no aparece notificado a la que se dice única heredera, María del Rosario Cuaspud.

La orden de pago, si bien alude a que se demanda a Cuaspud como cónyuge supérstite y representante a la vez de la herencia de Juana Pinchao, y a que "dicho individuo de manera mancomunaria (sic) y solidaria" suscribió el do-

cumento, se libró, "contra la persona y bienes de Manuel de Jesús Cuaspud". No podía librarlo contra la sucesión de Juana Pinchao, porque el documento sin reconocer por parte de ella no prestaba mérito ejecutivo, y el título no se le había notificado a los herederos.

Y en el supuesto de aceptarse que la ejecución se hubiera librado contra la sucesión de Juana Pinchao, su única heredera como hija legítima, María del Rosario Cuaspud, no aparece citada al ejecutivo, como debía serlo, por consiguiente los efectos de ésta para ella son **res inter alios acta.** Y el remate del inmueble perteneciente a la sucesión de Juana Pinchao, por el propio ejecutante y acreedor Luis Rodríguez, constituiría una venta de cosa ajena, y los herederos tienen derecho a reivindicarlo contra el actual poseedor.

Indudablemente hubo error de hecho en la apreciación de las copias traídas del juicio ejecutivo, al considerar el Tribunal que la herencia de Juana Pinchao fue también ejecutada o, según dice el fallo "la herencia o sucesión de Juana Pinchao, mal o bien, fue parte en el juicio ejecutivo", pues de lo expuesto resulta que el mandamiento de pago se libró contra la persona y bienes de Manuel de Jesús Cuaspud, ya que no podía serlo contra la sucesión de Juana Pinchao. La presunta heredera María del Rosario Cuaspud y representante de la sucesión no intervino en aquella litis.

El cargo prospera y la sentencia debe casarse para proferir el fallo de instancia respecto de la acción reivindicatoria, sobre la cual dice el Tribunal "Omitida la herencia o sucesión de Juana Pinchao en la ejecución, con el remate (inciso 3º, artículo 741 del Código Civil) del inmueble de su propiedad, se habría operado el fenómeno de la venta de cosa ajena; pero como sí fue citada, la situación creada por el memorado juicio no puede modificarse, en tanto no se declare la nulidad de él".

SENTENCIA DE INSTANCIA

Propuesta la acción reivindicatoria subsidiariamente, y no habiendo prosperado la demanda en lo atinente a la acción de nulidad del juicio ejecutivo, por cuanto el Juzgado encontró la creencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte en la demandante, es el caso de estudiarla tanto por la manera en que se acumuló, como porque María del Rosario Cuaspud, considerada única heredera de Juana Pinchao, no intervino en el ejecutivo y por consiguiente sus derechos de heredera no quedaron vinculados a las resultas de la ejecución.

Para establecer este extremo, obran en el proceso a) el acta de nacimiento de María del Rosario Cuaspud como hija de Manuel de Jesús Cuaspud y Espíritu Pinchao ocurrido en Ipiales el 25 de septiembre de 1928 (folio 5, cuaderno 1º); b) El certificado del Cura Párroco de San Pedro Mártir de Ipiales sobre el hecho de no aparecer en los libros de matrimonios correspondientes a los años de 1919 a 1929 la partida de matrimonio de Manuel de Jesús Cuaspud con Juana Espíritu Pinchao (folio 30, cuaderno 2º); c) El certificado expedido por el Canciller de la Diócesis de Pasto conforme al cual el Corregimiento de San Juan en el Municipio de Ipiales fue erigido canónicamente en Parroquia el 16 de julio de 1938; que en San Juan, antes de ser Parroquia, sólo podían presenciar válidamente matrimonios católicos de ordinario el Vicario Foráneo y cualquier sacerdote delegado por uno de los dos; y que las partidas matrimoniales debían inscribirse en los libros parroquiales de San Pedro Mártir (folio 4 vuelto, cuaderno 92) (sic); d) Las declaraciones de nudo hecho rendidas por Rosa Cuaspés y José Manuel Cuaspud (folios 7 y 7 vuelto, cuaderno 1º) sobre el matrimonio de Juana o Espíritu Juana Pinchao con Manuel de Jesús Cuaspud, del cual dicen fueron testigos.

Dentro de la actuación que se declaró nula por muerte de uno de los demandados, ambos testigos ratificaron su declaración extrajuicio, pero ya en el término válido de prueba, solamente compareció a ratificarla José Manuel Cuaspud, porque parece que Rosa Chaspués había muerto. Y se dice parece, pues la demandante no presentó la partida de defunción sino que se limitó a pedir que los declarantes Cuaspud, Otoniel y Rubén Chitán depusieran que Rosa Chaspués, ya fallecida, era persona de "reconocida honorabilidad" e "incapaz de declarar en falso". En estas condiciones, si bien los certificados del Párroco de Ipiales y de la cancillería de la Diócesis explican la falta de la partida del matrimonio de Manuel de Jesús Cuaspud y Juana o Juana Espíritu Pinchao, para poder considerar la prueba supletoria, no quedan de ella, en definitiva, sino la declaración de José Manuel Cuaspud, que, dice fue padrino del matrimonio celebrado en el corregimiento de San Juan, municipio de Ipiales, pero no expresa el año por no recordarlo, y la de Rubén Chitán, el cual

habla de la posesión notoria del estado de casados por parte de Manuel de Jesús Cuaspud y Juana Pinchao, quienes, exponen, vivieron bajo un mismo techo, y se presentaron como tales ante sus deudos y amigos por más de diez años.

Acreditada la falta de la partida de matrimonio de los que se dicen padres legítimos de María del Rosario Cuaspud, cabría la prueba supletoria, que, al tenor de los artículos 395 del Código Penal y 19 de la Ley 92 de 1938, podrían ser otros documentos auténticos, o declaraciones de testigos que hayan presenciado el hecho del matrimonio, y, en defecto de estos medios ,la posesión notoria del estado civil. El demandante pretendió aducir la declaración de José Manuel Cuaspud y Rosa Chaspués, como presenciales del contrato matrimonial, pero habiendo sido ratificada sólo la del primero, ella no, forma plena prueba sino una presunción más o menos atendible, según lo dispone el artículo 606 del C. J.

La declaración de Rubén Chitán para acreditar la posesión notoria, tiene la misma observación de ser única y, además, para llenar las exigencias del artículo 396 del Código Civil sobre el trato que se dieron los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales y sobre el hecho de haber sido recibida la mujer en ese carácter por los deudos y amigos durante diez años continuos por lo menos (artículo 398 ibídem), el deponente no expresa los hechos presenciados por él al respecto, sino que se limita a los conceptos de que se dieron trato de esposos, presentándose como tales ante sus deudos y amigos por un término mínimo de diez años. De otra parte, el mismo estatuto civil en el artículo 399 exige la "posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable".

Se concluye, que, no estando acreditado el matrimonio de Manuel de Jesús Cuaspud con Juana Pinchao, la condición de hija legítima de ellos en que se presenta María del Rosario Cuaspud, tampoco puede darse, pues es bien sabido que esta calidad la dan tanto la prueba del matrimonio como la del nacimiento del hijo dentro de él en aplicación del artículo 213 del Código Civil que considera hijo legítimo al concebido durante el matrimonio de sus padres.

De esta suerte, aunque obra la partida de defunción de Juana Pinchao ocurrida el 24 de agosto de 1931, no se demostró el parentesco que le dé a María del Rosario Cuaspud la vocación hereditaria por ser hija legítima del matrimonio Cuaspud-Pinchao, condición en la cual se ha presentado al juicio.

Resulta de lo dicho que falta en la demandante el presupuesto procesal de capacidad para ser parte, según lo expuesto atrás.

Faltando este extremo, ha de confirmarse la sentencia del Juez de primera instancia que halló el mismo vacío, pero no para declarar improcedente la demanda por ilegitimidad de la personería, sino para abstenerse de hacer pronunciamiento sobre el fondo de la acción, por carencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte la demandante.

En consecuencia de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto con fecha diecisiete de octubre de mil novecientos cincuenta y seis, y en su lugar, **Resuelve:** CONFIRMASE la de primera instancia con la aclaración de que la Corte se inhibe de resolver en el fondo la acción reivindicatoria por falta en la demandante del presupuesto procesal de capacidad para ser parte.

Sin costas por haber prosperado el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M.—José Hernández Arbeláez—Ignacio Escallón—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—José Joaquín Rodríguez, Conjuez.—**Jorge Soto Soto,** Secretario.

ELEMENTOS ESENCIALES QUE DEBEN DEMOSTRARSE DE MANERA PLENA PARA PODER DEDUCIR EN JUICIO RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL A CARGO DE UNA PERSONA Y EN FAVOR DE OTRA.—LA PRUEBA DEL DAÑO, QUE COMPRENDE TANTO EL MATERIAL COMO EL MORAL, LA DEBE SUMINISTRAR EL DEMANDANTE.—INTERPRETACION DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 553 DEL C. JUDICIAL

1.—Para que pueda deducirse en juicio responsabilidad civil extracontractual a cargo de una persona y en favor de otra, es necesario que aparezcan demostrados de manera plena estos tres elementos esenciales: culpa del demandado; daño cierto en el demandante; y relación de causalidad entre éste y aquélla. Si falta uno cualquiera de estos requisitos, la acción indemnizatoria no puede prosperar. Esto se deduce claramente de las normas legales que la reglamentan y ha sido aceptado por los doctrinantes y la jurisprudencia de la Corte.

Por lo que hace al daño, que comprende tanto el material como el moral, pero que de todas maneras sólo abarca el cierto, excluyéndose el hipotético y el eventual, la prueba la debe suministrar el demandante, ya que la ley no lo presume en ningún caso. Fácilmente se comprende la necesidad de establecer este elemento, si se tiene en cuenta que no puede haber responsabilidad si no aparece un perjuicio evidente y que si la responsabilidad del agente se traduce en la obligación de indemnizar el daño causado, a nada podrá condenársele si no hay qué reparar

"Lo que el perjudicado debe probar, en la acción, es el daño, sin consideración a su quantum, que es materia de la liquidación. No basta sin embargo, que el actor demuestre que el hecho de que se queja, sea capaz de producir daño, sea de naturaleza perjudicial. Es preciso que pruebe el daño concreto, así entendida la realidad del daño que ha experimentado, relegando a la liquidación la valuación de su cuantía". (Tratado de la responsabilidad civil, Tomo I, página 116, por José de Aguiar Dias).

No apareciendo acreditado en el juicio el perjuicio material, no hay lugar a dar por establecido el moral, ya que aquél es fundamento de éste.

2.—El procedimiento del artículo 553 del Código Judicial no es para probar si existió o no el daño, sino simplemente para fijar la cuantía del mismo, lo que supone que dentro del juicio quedó evidenciado.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar)

Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín presentó demanda la señora Olga Correa de Henao Gaviria contra las Empresas Municipales de ese Distrito para que fueran condenadas a pagarle la cantidad de veinte mil pesos por los perjuicios materiales y morales que afirma sufrió la noche del 7 de julio de 1956 cuando salía de una fiesta en el Coliseo y después de atravesar la avenida cayó en un respiradero o manhol del alcantarillado, que desde hacía tiempos se hallaba destapado, de donde fue sacada por sus acompañantes, con una herida grave en una pierna y gran conmoción nerviosa, siendo trasladada a una Clínica y después a su casa de habitación donde está "relativamente incapacitada". Agrega que adelantó gestiones con las Empresas para un arreglo extrajudicial, sin haber podido llegar a un acuerdo.

Se opuso a las pretensiones de la actora la entidad demandada, manifestó que, ignoraba los hechos fundamentales de la acción, los que debía probar y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y carencia de la acción, que fundó en el hecho de que el accidente se debió a caso fortuito o por descuido de la víctima.

El Juzgado del conocimiento, por sentencia de 16 de mayo de 1957, absolvió a las Empresas de

los cargos formulados, por estimar que no se había probado la culpa de la entidad demandada, ni el perjuicio de la demandante.

El Tribunal Superior de Medellín, por sentencia de 4 de septiembre de 1957, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la actora contra el fallo de primer grado, revocando éste y en su lugar condenó a las Empresas a pagar a la señora de Henao Gaviria los perjuicios materiales, cuya cuantía se fijará por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial y ochocientos pesos por concepto de perjuicios morales.

Para llegar a esta resolución el Tribunal se fundó en el artículo 2.356 del Código Civil y en doctrinas de la Corte sobre la interpretación de la misma norma, por estimar que con la prueba de testigos se había demostrado el accidente sufrido por la demandante y que se debió a culpa de las Empresas, porque al construír el manhol no aseguraron la tapa debidamente, ya que podía correrse fácilmente, sin necesidad de levantarla, permitiendo a personas ociosas quitarla de su puesto, creando así el peligro, según se verificó en la diligencia de inspección ocular practicada en la segunda instancia.

Por lo que hace a los daños que afirma sufrió la actora, el Tribunal se limitó a esta afirmación: "El expediente no da base para señalar una cantidad precisa por concepto de los perjuicios materiales y morales; estos últimos, si no son objetivados, quedan sometidos a una apreciación del fallador y la cantidad no puede pasar de dos mil pesos. Por tanto, la condenación habrá de hacerse in genere, con el fin de que pueda objetivarse más el perjuicio, si es que ello resulta posible, porque la demandante afirma que le quedaron secuelas psíquicas de la impresión recibida, pero se ignora como puede valorarse esto sin una prueba científica".

Interpuso recurso de casación la parte demandada y la Sala procede a decidirlo, agotada como se halla su tramitación.

Con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente formula dos cargos contra el fallo acusado, el primero de los cuales se puede resumir así:

El Tribunal violó indirectamente el artículo 2.356 del Código Civil por error de hecho en la apreciación de la prueba de testigos y de la inspección ocular al dar por establecido el accidente alegado por la demandante y los perjuicios sufridos por la misma; y por error de derecho, al dejar de dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 705 del Código Judical, puesto que debió de acudirse al dictamen médico para determinar la gravedad y consecuencias de las heridas, así como las perturbaciones psíquicas que afirma la señora de Henao Gaviria le quedaron.

Con base en las doctrinas de la Corte, según las cuales el perjuicio es uno de los elementos esenciales constitutivos de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración no cabe decretar indemnización alguna, el recurrente hace una crítica a los testimonios de Orlando Peláez, Hernando Tamayo y Antonio Posada, únicos declarantes llevados al proceso, para concluír que esta prueba no permite dar por establecido el accidente alegado por la demandante; y que la inspección ocular practicada por el Tribunal carece de valor probatorio por cuanto no se sabe si el hueco o manhol cuyas medidas se tomaron en tal diligencia sea el mismo a que se refiere la demanda y en donde afirma la actora se cayó la noche del accidente.

Por lo que hace a los perjuicios morales, sostiene el recurrente que tampoco aparecen probados en el juicio, entre otras cosas, porque un accidente como el sufrido por la señora de Henao Gaviria no afecta en forma alguna su honor, su reputación o las consideraciones debidas a su posición en la sociedad, ni tampoco los afectos, sentimientos o vínculos familiares de la misma.

Termina el cargo así: "Por ninguno de los medios probatorios que establece la ley colombiana se acreditó la existencia de los perjuicios, y el medio intentado (testigos) para acreditar el hecho físico del accidente fue ineficaz; en consecuencia, el Tribunal de Antioquia violó el artículo 2.356 del Código Civil al condenar a las Empresas Públicas de Medellín a reparar un daño que no se demostró, demostración que no se refiere al quantum, sino a la existencia misma del daño o perjuicios, independientemente de su valor".

Se considera:

Para que pueda deducirse en juicio responsabilidad civil extracontractual a cargo de una persona y en favor de otra, es necesario que aparezcan demostradas de manera plena estos tres elementos esenciales: culpa del demandado; daño cierto en el demandante; y relación de causalidad entre éste y aquélla. Si falta uno cualquiera de estos requisitos, la acción indemnizatoria no puede prosperar. Esto se deduce claramente de las normas legales que la reglamentan y ha sido aceptado por los doctrinantes y la jurisprudencia de la Corte.

Por lo que hace al daño, que comprende tanto el material como el moral, pero que de todas maneras sólo abarca el cierto, excluyéndose el hipotético y el eventual, la prueba la debe suministrar el demandante, ya que la ley no lo presume en ningún caso. Fácilmente se comprende la necesidad de establecer este elemento, si se tiene en cuenta que no puede haber responsabilidad si no aparece un perjuicio evidente y que si la responsabilidad del agente se traduce en la obligación de indenmizar el daño causado, a nada podrá condenársele si no hay qué reparar.

"Lo que el perjudicado debe probar, en la acción, es el daño, sin consideración a su **quantum**, que es materia de la liquidación. No basta, sin embargo, que el actor demuestre que el hecho de que se queja, sea capaz de producir daño, sea de naturaleza perjudicial. Es preciso que pruebe el daño concreto, así entendida la realidad del daño que ha experimentado, relegando a la liquidación la valuación de su cuantía". (Tratado de la responsabilidad civil, Tomo I, página 116, por José de Aguiar Dias).

El Tribunal Superior de Medellín, en el fallo acusado, dio por establecidos los perjuicios materiales y morales que dice la actora sufrió con la caída en el manhol del alcantarillado, cuando en el expediente no obra ninguna prueba al respecto. No es, como lo sostiene el recurrente, que el Tribunal violara el artículo 705 del Código Judicial al no haber acudido al dictamen de peritos médicos para fijar los perjuicios, ya que éste no es el único medio probatorio para demostrarlos, aunque sí el más adecuado en casos como el presente, sino que la parte demandante no se preocupó por evidenciarlos dentro del juicio por ningún medio legal.

Cuando el sentenciador al estudiar este elemento de la acción se limitó a afirmar que "el expediente no da base para señalar una cantidad precisa por concepto de perjuicios materiales y morales" y remite a las partes el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial para determinar su cuantía respecto de los materiales y fija en $ 800.00 los morales, incurrió en error evidente de hecho porque dio por establecido el daño que alega haber sufrido la actora sin que obre en el expediente prueba alguna que lo acredite.

Como bien lo entiende el Tribunal, el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial no es para probar si existió o no el daño, sino simplemente para fijar la cuantía del mismo, lo que supone que dentro del juicio quedó evidenciado.

Dentro de la diligencia de inspección ocular, la parte actora presentó un certificado expedido por los doctores Germán Díaz López y Arturo Jaramillo, en que afirman haberle hecho un reconocimiento médico a la señora de Henao Gaviria y describen una herida contusiva y otras lesiones en la pierna izquierda. Tal documento no puede tenerse en cuenta por cuanto quienes lo suscriben no lo ratificaron dentro del juicio y por lo mismo ningún mérito probatorio puede prestar (artículo 693 del Código Judicial).

Tampoco se probó el daño moral. Por lo demás, no apareciendo acreditado en el juicio el perjuicio material, no hay lugar a dar por establecido el moral, ya que aquél es fundamento de éste.

El error de dar por demostrado el daño, sin existir la prueba, llevó al Tribunal a violar el artículo 2.356 del Código Civil en que se apoyó para condenar a las Empresas Públicas de Medellín, ya que tal norma exige de manera clara que para que pueda deducirse responsabilidad indemnizatoria por malicia o negligencia es necesario que se haya causado **un daño.**

Prospera, por tanto, el cargo, sin que sea necesario entrar al estudio del otro propuesto.

Las razones expuestas sirven de fundamento al fallo de instancia.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de cuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el presente juicio ordinario de la señora Olga Correa de Henao Gaviria contra las Empresas Públicas de Medellín y en su lugar confirma la de dieciséis de mayo del mismo año dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín.

Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

EL ATAQUE DE VIOLACION DE LA LEY POR ERROR DE HECHO Y DE DERECHO, A LA VEZ, EN LA APRECIACION DE UNA MISMA PRUEBA, NO ES ADECUADO. — INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 702, 721 Y 723 DEL C. J. — AL JUEZ CORRESPONDE EXAMINAR, EN CADA CASO, LOS RAZONAMIENTOS SUSTENTADORES DEL CONCEPTO PERICIAL, PARA INFERIR SI PRESTA MERITO SUFICIENTE PARA ACEPTARLO COMO PRUEBA DECISORIA. —— LA RECTIFICACION DEL CRITERIO DEL JUZGADOR, ACERCA DE LAS PRUEBAS, NO ES POSIBLE EN CASACION SINO EN PRESENCIA DE OSTENSIBLE ERROR DE HECHO O DE DERECHO.—ALCANCE DEL ARTICULO 638 DEL C. J. — VALOR PROBATORIO DE LOS LIBROS DE COMERCIO.

1.—El ataque de violación de la ley por error de hecho y de derecho, a la vez, en la apreciación de una misma prueba, no es adecuado. Cuando se afirma error de hecho no puede referírselo a violación de normas atributivas del valor de la prueba. Tal afirmación entraña clara contradicción, porque si se valoró la prueba, bien o mal, pero en todo caso, se la tuvo en cuenta frente a normas positivas, ya no es posible el error de hecho sino de derecho, actitud que supone juicio o proceso mental discriminativo en cuya apreciación pudo incurrirse en equivocación, por negarle el valor que la ley le da o por atribuírle uno distinto al que ella le fija.

2.—Las reglas contenidas en los artículos 721 y 723 del Código Judicial no tienen valor mecánico imperativo, porque su objeto no es trasladar la función falladora del Juez a los peritos. Es al Juez a quien corresponde examinar en cada caso los razonamientos sustentadores del concepto pericial, para inferir si presta mérito suficiente para aceptarlo como prueba decisoria. Si el Juez encuentra falsos, equívocos, deficientes, etc. los fundamentos aducidos por los peritos para llegar a determinada conclusión, debe rechazarlos. Por eso, el artículo 721 del Código Judicial, al tratar de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, no ordena que esa cifra se tenga como expresión de la verdad del concepto, sino que obliga estudiar los soportes del dictamen, el cual debe ser uniforme, explicado y debidamente fundamentado, características indispensables para que esta prueba adquiera valor de plena. Y asimismo el artículo 723 del Código Judicial reconoce la fuerza del dictamen perical, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, pero sujeta la apreciación a juicio del Juez, conforme a las reglas de la "sana crítica" empleada también por el arfama 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.

Lo cual evidencia, cómo la prueba pericial en sí misma no obliga, sino que su mérito depende de los cimientos sobre los cuales se construye el concepto, valorados por el Juez. Y adviértase el uso de la expresión "sana crítica" empleado también por el artículo 702 del Código Judicial, frase tomada de la LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL español de 1855, en cuyo artículo 317 se lee: "Los Jueces y Tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos". No inútilmente usó la ley esta expresión, pues con ella se atenuó el riguroso principio de la tarifa legal, sin romperlo, para dar una mayor amplitud al Juez en la apreciación probatoria. "La sana crítica que domina el común de nuestros códigos es, sin duda,, dice Couture, el método más eficaz de valoración de la prueba. Sin los excesos de la prueba legal, que llevan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la con-

vicción del Juez, pero tamién sin los excesos a que la arbitrariedad del Magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomado en su sentido absoluto, reúne las virtudes de ambos, atenuando sus demasías". Por eso es soberano el Tribunal en la función estimativa de la prueba y sus conclusiones y apreciaciones respecto a ellas no pueden caer, sino, cuando el sentido alegado o propuesto por el recurrente es el único que puede dárseles, resultando, por eso, que el atribuído por el fallador esté equivocado. La rectificación del criterio del juzgador no es posible en casación, sino en presencia de ostensible error de hecho o de derecho.

3.—Pretender asignarle al artículo 638 del Código Judicial alcance más extenso que el resultante de su propia redacción, en lo relativo a corredores y agentes de cambio, equivaldría a darle órbita y dimensión tan grandes que, por sólo eso, se rompería todo el sistema probatorio atinente a libros de comercio, como también admitir prueba aportada por un tercero al juicio, sin la concurrencia de ciertos requisitos, como el juramento, sobre todo, y la oralidad además que la ley previó como indispensables condiciones de veracidad; ni serviría siquiera como principio de prueba por escrito, por no provenir de las partes contendientes.

4.—Los libros de comercio, debidamente llevados, hacen fé en las causas mercantiles que los comerciantes agiten entre sí, dice el art. 43 del C. de Comercio. Consecuentes con esta norma, los arts. 47, 48 y 49 de la misma obra, construyen el sistema y determinan el valor de los libros de comercio en litigios entre comerciantes en materia mercantil y entre un comerciante y un no comerciante, o entre comerciantes, pero en materia no mercantil. Y hacen prueba principalmente contra quien los lleva, porque la ley ve en los libros de comercio, una confesión. Pero en materia civil, aún entre comerciantes, los libros no tienen más fuerza que las anotaciones privadas, según el artículo 51 ibídem.

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

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

Se decide el recurso de casación propuesto por la parte actora en los juicios acumulados de Vidal Umaña y Blanca Forero de Umaña y de Graciela Castro viuda de Pachón de la Torre y de sus hijas menores Gloria Tadea y Mary Gladys Pachón Castro contra el Municipio de Bogotá, por indemnización de perjuicios materiales y morales sufridos a consecuencia de la muerte de Alvaro Umaña Forero y Alvaro Pachón de la Torre.

ANTECEDENTES

El 21 de marzo de 1953, hacia las siete de la noche, los señores Alvaro Umaña Forero y Alvaro Pachón de la Torre, regresaban de la parte sur de esta ciudad a sus residencias, en el automóvil del doctor Gustavo Wills Ricaurte, que su dueño manejaba. Pretendieron hacer el recorrido por la carrera 6ª en dirección norte, pero al llegar al sitio donde antes existiera un puente sobre el río San Cristóbal, el vehículo se precipitó en una zanja de doce metros de profundidad, aproximadamente, por cuya consecuencia, los señores Umaña Forero, Pachón de la Torre y Wills Ricaurte, sufrieron gravísimas heridas que determinaron su muerte poco tiempo después.

En la carrera 6ª, entre las calles 13 Sur y 14 Sur de esta ciudad, existió un puente sobre el río San Cristóbal, que el Municipio de Bogotá tuvo que quitar porque cedió al peso de los vehículos que por esa vía transitaban. La reconstrucción de la obra obligó a cavar un abismo de aproximadamente doce metros de profundidad con bordes tajados casi perpendicularmente al lecho del río. Inicialmente, el Municipio tomó algunas medidas de precaución para prevenir el peligro: tales, la colocación de unas bombillas de color rojo a prudente distancia del foso, de un obstáculo de madera y un promontorio de tierra destinados a impedir el tránsito; pero, las bombillas se dañaron y una sola que quedó en servicio perdió su color primitivo indicador del peligro, la tierra fue retirada y el obstáculo de madera derribado por un vehículo que, por tal impedimento, no cayó al abismo. De modo que desde el lunes anterior al sábado 21 de marzo de 1953, la carrera 6ª de Bogotá, cerca al lugar donde antes estuvo el puente sobre el río San Cristóbal, pavimentada hasta el borde de ese puente, no ofrecía ningún obstáculo para el libre tránsito de quienes de ella se sirvieran, ni había señal indicadora de peligro. Los ocupantes del vehículo, en los momentos anteriores al insuceso

gozaban de sus facultades perceptivas, y el automóvil iba impulsado a prudente velocidad; pero, la falta de todo anuncio de peligro hizo imposible evitar que la máquina se precipitara en el abismo.

* * *

Con base en estos hechos, idénticos para las dos demandas, se solicitó hacer las siguientes declaraciones:

"A) Que el Municipio de Bogotá, es civilmente responsable de la muerte del señor Alvaro Umaña Forero, acaecida en el siniestro que tuvo lugar en las primeras horas de la noche del veintiuno de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, al precipitarse el automóvil en que viajaban por la carrera sexta de Sur a Norte, al cauce del río San Cristóbal, en el punto donde existió un puente, sobre la carrera sexta entre las calles trece Sur y catorce Sur del área urbana de esta ciudad de Bogotá;

"B) Que como consecuencia se condene al Municipio de Bogotá a pagar a mis mandantes Vidal Umaña M. y Blanca Forero de Umaña, los perjuicios materiales de todo orden sufridos por ellos en su condición de padres legítimos de Alvaro Umaña Forero, y por razón de la muerte de éste, acaecida el veintiuno de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, condena que debe concretarse a la suma de pesos que para ambos o para cada uno de ellos se fije con arreglo a derecho en este juicio, y que deben ser pagados dentro del término de seis días a partir de aquel en que quede ejecutoriada la sentencia, o en subsibio de acuerdo con lo ordenado por el artículo 553 del Código Judicial;

"C). Que se condene así mismo al Municipio de Bogotá a pagar a mis mandantes Vidal Umaña M. y Blanca Forero de Umaña, los perjuicios morales de todo orden, sufridos por ellos en su condición de padres legítimos de Alvaro Umaña Forero, y por razón de la muerte de éste, acaecida el veintiuno de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, condena que debe concretarse a la suma de pesos que para ambos o para cada uno de ellos se fije con arreglo a derecho en este juicio, y que deben ser pagados dentro del término de seis días a partir de aquel en que quede ejecutoriada la sentencia, o en subsidio de acuerdo con lo ordenado por el artículo 553 del Código Judicial;

"D). Que se condene a la Entidad demandada a las costas del juicio, en caso de oposición".

La demanda propuesta por la señora Graciela Castro viuda de Pachón de la Torre, en su nombre y de sus dos hijas menores, contiene peticiones idénticas a las anteriores.

Los juicios se acumularon en virtud de orden contenida en auto de 23 de julio de 1954.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, dictó sentencia el 16 de enero de 1957, y declaró que el Municipio de Bogotá, es civilmente responsable de la muerte de los señores Alvaro Umaña Forero y Alvaro Pachón de la Torre y, por tanto, dispone que debe pagar a los demandantes de los juicios acumulados, "el valor de los perjuicios materiales que hubieren podido sufrir" como consecuencia de la muerte de Alvaro Umaña Forero y Alvaro Pachón de la Torre. "El valor de estos perjuicios se regulará en el incidente propio de la ejecución del fallo (Artículo 553 del Código Judicial) y de acuerdo con la motivación del mismo".

Hizo condenación en perjuicios morales en la cuantía de dos mil pesos, para cada uno de los demandantes.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA. El 30 de abril de 1958, el Tribunal de Bogotá, confirmó la de primera instancia, cuyos fundamentos se verán más adelante.

LA ACUSACION

La demanda de casación ataca la sentencia del Tribunal por errores de hecho y de derecho, cuya transcripción se hace, pues, por la forma como fueron presentados y por su índole, serán motivo de estudio conjunto.

"Primero: Haber incurrido en el error manifiesto de hecho consistente en atribuír a la prueba pericial como único fundamento de ella los elementos a los cuales les desconoce fuerza legal, a pesar de que el dictamen de los peritos se funda principalmente en múltiples declaraciones de testigos que ellos consideraron como **gran ayuda** en la formación de su concepto y en certificados oficiales. De tales declaraciones y certificados no hizo la menor mención el sentenciador.

"Segundo: Haber incurrido la sentencia acusada en error de derecho en la apreciación de la prueba, por cuanto, a pesar de haberse enfren-

tado el Tribunal a dos conceptos uniformes explicados y fundamentados de peritos de destacada honorabilidad, imparcialidad y buena fama, les negó por completo valor a las afirmaciones de esos peritos; y,

"Tercero: Porque aun suponiendo que todo hecho afirmado por los peritos ha de estar comprobado en autos con elementos de prueba distintos de la misma afirmación de los expertos, en este expediente está la prueba plena de la capacidad productiva que tenían los señores Pachón de la Torre y Umaña Forero, si ha de presentarse a su mente el juzgador, como es su deber, el haz de declaraciones de testigos, certificados, inspecciones oculares y demás elementos analizados por mí en esta demanda".

Reproduce la demanda de casación un aparte del concepto fiscal, visible a folios 20 del cuaderno principal, y concluye así:

"Este pasaje demuestra que hasta habría podido acusarse el fallo por no haber estado de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes; más hiriendo, como ha herido mi mente, la prueba aducida por los actores en estos juicios acumulados acerca del valor de la indemnización, y previendo que nadie será capaz de mejorar la excelente prueba que obra en estos procesos, no he de fatigar más a la Corte acumulando razones y cargos para destruír un fallo tan carente de humanidad y juridicidad como el que es sujeto materia de este recurso; pero si encontrais fundado este nuevo cargo tenedlo como aducido en esta demanda".

Y afirma el recurrente que, "la disidencia entre el sentenciador y la parte actora se reduce, en consecuencia, a que para el Tribunal no es aceptable el justiprecio de los peritos sobre la capacidad productiva de las víctimas del siniestro y sobre la ayuda que prestaban a sus familias por haberse apoyado el dictamen en libros de comercio sin valor en este juicio, en declaraciones de agencias de arrendamiento y en certificados de colegios, que no son prueba".

"Precisamente aquí está el error de hecho manifiesto puesto que dejó de leer el siguiente paso del dictamen pericial, visible a folio 59 del cuaderno número dos:

"De acuerdo con las declaraciones de los testigos Coronel Alvaro Velasco, Víctor Lombana, Rafael Casas, María Luisa Ardila de Ramírez y Jesús Salazar, el señor Alvaro Umaña destinaba gran parte de su capacidad productiva para sostener a su madre la señora Blanca Forero de Umaña; era un hijo cumplidor estricto de sus deberes familiares, pagaba a su madre el precio de los arrendamientos donde vivían, la alimentación, proveía a su vestuario y demás gastos que requería la citada señora Blanca Forero de Umaña".

Se preguntan los peritos a cuánto ascendían los gastos cumplidos por Umaña Forero en el sostenimiento de su madre y reproducen las cifras dadas por los testigos, para terminar así:

"Al promediar estas cantidades tenemos una suma de seiscientos noventa pesos, más no indica ello que (sic) de la suma que debemos tener en cuenta para calcular la ayuda económica exacta que la madre recibía de su hijo.

"Sí nos prestan una gran ayuda las declaraciones mencionadas en el sentido de que la casi totalidad de la capacidad productiva de Umaña Forero la invertía en el sostenimiento de la madre".

De modo que las sumas que los testigos indicaron como ayuda económica, en su promedio, no es, como dicen los peritos "la que debemos tener en cuenta para calcular la ayuda económica exacta que la madre recibía de su hijo".

Sin embargo, sí prestan a los peritos "una gran ayuda las declaraciones mencionadas en el sentido de que la **casi totalidad** (rayas de la Sala) de la capacidad productiva de Umaña Forero la invertía en el sostenimiento de la madre".

Para el recurrente, "de este gran fundamento de los peritos no hace la más leve alusión el sentenciador, engolfado en sus pensamientos sobre los libros de contabilidad de El Espectador y los recibos del colegio. De haber visto estos fundamentos de los peritos el Tribunal se habría visto en la necesidad imperiosa de estudiar y decidir sobre el mérito del dictamen por este aspecto, como tendrá que hacerlo la Corte al reconocer, como sin duda lo reconocerá, el error de hecho evidente en que incidió el sentenciador al no ver este sillar de la peritación".

"Completamente lícito le habría sido al Tribunal estudiar las declaraciones de los cinco testigos en que se funda el dictamen por el aspecto expresado, y sólo en el caso de que hubiera concluído que tales testimonios no dicen nada sobre lo que se investiga, habría podido sacar la conclusión de que los peritos habían tomado por valedera una prueba carente de fuerza legal.

"No pasaron la mente ni los ojos del Tribunal sobre los que dejo transcritos, tomados de la peritación, y por haber incurrido en ese error ma-

nifiesto de hecho, aseveró que no había prueba de la capacidad productiva de las víctimas ni de la ayuda prestada por el señor Alvaro Umaña a la madre; y al aseverar tamaña inexactitud, violó el artículo 721 del Código Judicial, el artículo 480 del mismo y prácticamente el artículo 2.356 del Código Civil, por los aspectos que en seguida indico:

"El artículo 721 del Código Judicial establece que "cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación o cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba".

"Como tengo derecho de afirmar que estamos en presencia de un dictamen que reúne esas condiciones, nadie podrá detener la conclusión de que el Tribunal sentenciador violó ese texto legal como consecuencia de su error manifiesto de hecho, o sea de no leer la parte sustancial del dictamen, puesto que lejos de asignarle el valor que le imprime este texto legal al avalúo o regulación en cifras de un perjuicio, desechó por inválido el dictamen".

Agrega el recurrente que el Tribunal violó, consecuencialmente, los artículos 480 y 481 del Código Judicial, el primero, por no fijar "el importe del daño en el fallo, como lo ordena este texto en su primer inciso", y la segunda parte de ese artículo por aplicación indebida al caso del pleito. Y el 481, porque "reservar para la ejecución del fallo el señalamiento del monto del perjuicio, estando en éste la prueba plena del valor del daño, es herir directamente este mandato legal y hacerse digno el fallo de su anulación, para que no prevalezca el error del Tribunal sobre los dictados de la ley".

Para referirse concretamente al caso del señor Pachón de la Torre, afirma el recurrente tener "razonamiento idéntico al caso anterior" y que le basta destacar los hechos que le son propios entre los cuales relieva las declaraciones de los señores Gabriel Paredes Gómez, Luis Alberto Fajardo, Lisímaco Isaacs, Jorge Silva Valderrama, señora Soledad Barberi, María Luisa Barberi, Teresa Isaac Gómez y Leonor Soto de Parra, para concluír así:

"Sin haberle demostrado persona alguna al Tribunal que estos testimonios son inválidos, cerró los ojos sobre ellos al estudiar la prueba de la acción; por cerrarlos, dejó de ver el fundamento más importante de la peritación, tal como le ocurrió respecto del señor Umaña Forero; por no ver ese fundamento y su explicación, dejó de tener como plena prueba, tratándose de una regulación en cifras numéricas, los conceptos periciales, violando así los artículos 721 y 723 del Código Judicial, por conceptos idénticos a los que dejé expuestos al confrontar el fallo acusado respecto del señor Umaña Forero, con las leyes que acabo de citar y con los artículos 480 y 481, del mismo Código, violados todos por el sentenciador".

Con relación al criterio del Tribunal, sobre el valor de los libros de comercio, como prueba, en el presente caso, el recurrente afirma: "Los libros de contabilidad no son intrascendentes cuando sus dueños no son los que litigan, porque eso está desmentido por el artículo 638 del Código Judicial, que contiene una doctrina que viene al caso como anillo al dedo".

Reproduce el artículo y concluye:

"Este texto sí que me saca verdadero sobre aquello de que el dictamen pericial es plena prueba sobre los hechos afirmados si no hay prueba que lo desvirtúe, como no la hay en este proceso, sobre ninguno de los hechos afirmados por los peritos".

"De modo que como los peritos se apoyaron en la fé de los libros de contabilidad de El Espectador, resultaron cumpliendo religiosamente lo que este texto manda, ya que el señor Personero Municipal no adujo la más leve prueba que infirme lo constatado en los asientos de aquellos libros; en cambio el Tribunal violó directamente este texto, que aunque se refiere a corredores o agentes de cambio, la razón hace extensivo el texto a cualquier comerciante, cuyo libro habla por él, valiendo así los asientos, lo que vale un testigo, y lo que vale una plena prueba cuando nada infirma el contenido del asiento de contabilidad. De suerte que el razonamiento de la sentencia acusada sobre los libros de El Espectador es un revés a la ley, y la Corte no lo consentirá".

Por último, el recurrente analiza separadamente cada una de las pruebas y las califica como indicios necesarios, para concluír que el Tribunal por no apreciarlas así, negó a los demandantes de los juicios acumulados el derecho a ser indemnizados concretamente, e infringió el artículo 2.356 del Código Civil, base y respaldo de la acción.

Por su parte, el fallador ad-quem expresó su criterio relativamente al dictamen pericial y sus fundamentos, en los siguientes términos:

"El Tribunal encuentra que esos dictámenes fueron técnicamente elaborados y que, si de algu-

na falla adolecen, es ella el resultado de los elementos de juicio que a los autores de esos trabajos se ofrecieron y no de falta de conocimientos técnicos en los peritos o de descuidos de su parte. En efecto, ellos se acomodaron al sistema que la doctrina universal y también nuestra jurisprudencia han aceptado como idóneo para determinar el daño patrimonial que una persona sufre con ocasión de la muerte de otra que soportaba la obligación legal de prestarle ayuda; así mismo en esos trabajos aparece sintetizado el concepto del perjuicio material, cuyo claro entendimiento es imprescindible para avaluarlo en dinero. El sistema que los peritos siguieron y que, en sí mismo, no merece reparo alguno consiste, presentándolo con simplicidad, en investigar previamente si la persona fallecida estaba obligada por la ley a prestar ayuda económica a quien reclama indemnización; luego, en determinar cuál era la capacidad productiva del muerto en el momento de su deceso y qué porción de sus ingresos destinaba a cumplir su obligación legal de ayudar al damnificado con su muerte, en un período determinado; una simple operación aritmética en que juegan como elementos del cálculo la cantidad representativa del apoyo económico ofrecido al damnificado en cada uno de los períodos escogidos y el promedio de vida probable del muerto o de su deudo reclamante, según el caso, permite averiguar la cantidad total a que la indemnización ascendería. Pero como lo que se trata de determinar es un apoyo que se prestaría periódicamente en un lapso más o menos prolongado, no resultaría justa la condena a pagar esa cantidad en un solo contado, porque así quien reclama el pago de la indemnización obtendría una ventaja representada por los intereses legales de la cantidad que le anticipa. Para buscar el equilibrio la doctrina ha aceptado la aplicación de las tablas de Garuffa, tal como los peritos lo hicieron".

"Pero es obvio que la certeza de las conclusiones obtenidas en este proceso lógico depende de la certidumbre y firmeza de las bases en que se apoya. Estas bases son, en primer término, la obligación legal que el fallecido tuviera de ayudar económicamente a quien exige indemnización... Esta base inicial se evidencia y patentiza con relación a las acciones acumuladas, con las actas del estado civil y con los preceptos positivos que imponen al hijo la obligación de atender a sus ascendientes y al cónyuge y al padre, a su esposa e hijos. Por este primer aspecto nadie podría decir que el dictamen pericial merece reparo alguno".

Acerca del valor probatorio de los libros de comercio pertenecientes a tercero, el Tribunal fijó su criterio de la siguiente manera:

"No ocurre lo mismo en relación a otros de esos apoyos necesarios de la conclusión pericial y los reparos formulados al dictamen en este extremo por la Personería del Distrito tienen sólido fundamento. Veámoslo: los señores Umaña Forero, en parte, y Alvaro Pachón de la Torre, en la totalidad, derivaban ingresos de empresas periodísticas particulares; estos ingresos contribuían en el caso del primero a formar su capacidad productiva, e integraban la del segundo. Para establecerla se practicó inspección ocular en los libros de dichas empresas y los datos obtenidos en la diligencia fueron tomados por los peritos como prueba de la realidad de esos ingresos, vale decir, como demostración de la capacidad productiva de las víctimas del siniestro. Pero los asientos en los libros de contabilidad de un tercero, como lo son las empresas periodísticas que se beneficiaban de los servicios de los señores Umaña y Pachón, no constituyen elementos de prueba oponibles al Distrito. La jurisprudencia nacional, no solamente en los pasajes transcritos por el señor Personero del Distrito, sino en todas las ocasiones en que se ha ocupado del tema, así lo ha establecido. Esta uniformidad se comprende muy bien porque no es cosa distinta de la aplicación recta del artículo 1.763 del Código Civil, de los pertinentes del C. de C. y de la doctrina que inspira estas disposicones.

"Los libros de comercio hacen fé contra quien los lleva, regularmente o no, porque en ellos se encuentra una confesión; pero el resultado obtenido del examen de los libros de quien no es parte en un juicio, carece de todo valor entre los contendientes; el tercero dueño de los libros y responsable de los asientos allí recogidos, no puede confesar por uno de ellos y en esos libros no aparece siquiera un testimonio, que se rinda oralmente dando a la parte contra quien se invoca ocasión de contradecirlo, y bajo juramento. El Tribunal considera superfluo insistir sobre esta materia, sintetizada con fortuna en la jurisprudencia de la Corte, citada por el Personero".

Finalmente, el Tribunal, analiza en conjunto las pruebas y dice:

"Si no aparece establecida por medios de prueba admitidos por la ley la capacidad productiva de las víctimas del siniestro, necesariamente las

conclusiones de los peritos levantadas sobre el supuesto de que se conoce esa capacidad, no son exactas. Esta sola reflexión impide al Tribunal acoger sus conclusiones, en cuanto ellas señalan cifras determinadas como cuantía de las indemnizaciones reclamadas.

"Pero además, también son fundados los reparos del Distrito con respecto al valor probatorio de algunos de los elementos tomados en consideración por los expertos para establecer la cantidad cierta representativa del apoyo económico que las víctimas deban a los perjudicados. Los certificados de origen privado expedidos por agencias de arrendamiento o por instituciones de enseñanza, no son pruebas. (Artículo 632 del Código Judicial).

Y concluye de este modo: "Si no se sabe a cuánto ascendían los **ingresos** de los señores Umaña y Pachón al momento de su muerte y si tampoco se conoce con la certeza que reclama toda **decisión judicial** el apoyo económico que brindaban a los demandantes, representado en una cifra cierta que juegue en el cálculo de la indemnización total, no es posible acoger el dictamen que supone que esos elementos están demostrados legalmente y sobre ellos opera".

La Corte considera:

El ataque de violación de la ley por error de hecho y de derecho, a la vez, en la apreciación de una misma prueba, no es adecuado. Cuando se afirma error de hecho no puede referírselo como lo hace la demanda transcrita a violación de normas atributivas del valor de la prueba. Tal afirmación entraña clara contradicción, porque si se valoró la prueba, bien o mal, pero, en todo caso, se la tuvo en cuenta frente a normas positivas, ya no es posible el error de hecho, sino de derecho, actitud que supone juicio o proceso mental discriminativo en cuya apreciación pudo incurrirse en equivocación, por negarle el valor que la ley le da o por atribuírle uno distinto al que ella le fija. Cuando la involucración se hace en la forma como aquí aparece, la Corte estudia lo relativo al error de derecho, a lo cual procede la Sala.

Cuanto a este error que el recurrente hace consistir en violación de los artículos 721, 723, 632, 638 del Código Judicial que condujo al Tribunal a desconocer el derecho de los demandantes para obtener dentro de este juicio ordinario señalamiento del **quantum** de la indemnización de perjuicios y no dejar esa ocurrencia para cumplirla en el procedimiento determinado por el artículo 553 del Código Judicial, conducta que hizo posible, por parte del fallador de instancia, la violación de los artículos 2.341 y 2.356 del Código Civil, es importante afirmar que si bien el Tribunal no hizo la cita de cada uno de los testigos, ni de cada uno de los certificados y demás que los peritos tuvieron en cuenta para fundar su concepto, sí se refirió a ellos no sólo globalmente como se constata con la copia de las partes pertinentes de la sentencia respectiva, sino porque todo el razonamiento de la parte considerativa del fallo recurrido se dedica expresamente a estudiar los sillares que sirvieron a los peritos para llegar a consecuencias que plantean como resultado de su examen de las pruebas. Así, premisa de esa parte de la sentencia, desarrollada más adelante, es la siguiente:

"El Tribunal encuentra que esos dictámenes fueron técnicamente elaborados y que, si de alguna falla adolecen, es ella el resultado de los elementos de juicio que a los autores de esos trabajos se ofrecieron y no de falta de conocimientos técnicos en los peritos o de descuidos de su parte".

Las reglas contenidas en los artículos 721 y 723 del Código Judicial no tienen valor mecánico imperativo, porque su objeto no es trasladar la función falladora del Juez a los peritos. Es al Juez a quien corresponde examinar en cada caso los razonamientos sustentadores del concepto pericial, para inferir si presta mérito suficiente para aceptarlo como prueba decisoria. Si el Juez encuentra falso, equívocos, deficientes, etc. los fundamentos aducidos por los peritos para llegar a determinada conclusión, debe rechazarlos. Por eso, el artículo 721 del Código Judicial, al tratar de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, no ordena que esa cifra se tenga como expresión de la verdad del concepto, sino que obliga estudiar los soportes del dictamen, el cual debe ser uniforme, explicado y debidamente fundamentado, características indispensables para que esta prueba adquiera valor de plena. Y asimismo el artículo 723 del Código Judicial reconoce la fuerza del dictamen pericial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, pero sujeta la apreciación a juicio del 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.

Lo cual evidencia, cómo la prueba pericial en sí misma no obliga, sino que su mérito depende de los cimientos sobre los cuales se construye el concepto, valorados por el Juez. Y adviértase el uso de la expresión "sana crítica" empleada también por el artículo 702 del Código Judicial, frase tomada de la LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL español de 1855, en cuyo artículo 317 se lée: "Los Jueces y Tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos". No inútilmente usó la ley esta expresión, pues con ella se atenuó el riguroso principio de la tarifa legal, sin romperlo, para dar una mayor amplitud al Juez en la apreciación probatoria. "La sana crítica que domina el común de nuestros códigos es, sin duda, dice Couture, el método más eficaz de valoración de la prueba. Sin los excesos de la prueba legal, que llevan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del Juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del Magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomado en su sentido absoluto, reune las virtudes de ambos, atenuando sus demasías". Por eso es soberano el Tribunal en la función estimativa de la prueba y sus conclusiones y apreciaciones respecto a ellas no pueden caer, sino, cuando el sentido alegado o propuesto por el recurrente es el único que puede dárseles, resultando, por eso, que el atribuído por el fallador está equivocado. La rectificación del criterio del juzgador no es posible en casación, sino en presencia de ostensible error de hecho o de derecho, evento no ocurrido en el presente caso.

Tampoco hubo violación del artículo 632 del Código Judicial porque el certificado a que el recurrente se refiere, no demuestra por sí solo sino que el señor Umaña Forero fue empleado público y el sueldo devengado por él; pero de sólo esa prueba no podía inferirse con cuánto contribuía para los gastos de sus familiares, ya que el certificado no prueba nada más, ni nada menos, que la calidad de empleado y el sueldo devengado.

El artículo 638 del Código Judicial establece que, por regla general, los asientos de los corredores o agentes de cambio equivalen al dicho de un testigo; pero cuando la parte contra quien se aducen no produzca pruebas suficientes que los desvirtúen, tienen fuerza de prueba plena.

Pretender asignarle a esta norma alcance más extenso que el resultante de su propia redacción, en lo relativo a corredores y agentes de cambio, equivaldría a darle órbita y dimensión tan grandes que, por sólo eso, se rompería todo el sistema probatorio atinente a libros de comercio, como también admitir prueba aportada por un tercero al juicio, sin la concurrencia de ciertos requisitos, como el juramento, sobre todo, y la oralidad además, que la ley previó como indispensables condiciones de veracidad; ni serviría siquiera como principio de prueba por escrito, por no provenir de las partes contendientes.

Los libros de comercio, debidamente llevados, hacen fé en las causas mercantiles que los comerciantes agiten entre sí, dice el artículo 43 del Código de Comercio. Consecuentes con esta norma, los artículos 47, 48 y 49 de la misma obra, construyen el sistema y determinan el valor de los libros de comercio en litigios entre comerciantes en materia mercantil y entre un comerciante y un no comerciante, o entre comerciantes, pero en materia no mercantil. Y hacen prueba principalmente contra quien los lleva, porque la ley ve en los libros de comercio, una confesión. Pero en materia civil, aún entre comerciantes, los libros no tienen más fuerza que las anotaciones privadas, según el artículo 51 ibídem. Y como así lo vio el Tribunal en lógica interpretación de principios legales, no aparece la violación referida por el recurrente.

Ni podría afirmarse que el juzgador de instancia incurrió en equivocación, por no estudiar las pruebas y por no darles valor de indicios. Sucedió que el Tribunal, por razones ya expuestas, las desestimó como elementos para determinar su convicción y hacer condenación en concreto. Y frente a esa situación, la Corte no puede analizarlas para deducir la verdad de los hechos controvertidos, porque en casación, las pruebas sólo se estudian para concluír si se incurrió en error de hecho o de derecho al apreciarlas, como medio conducente de violación de la ley sustantiva.

Por fin, tampoco es posible resolver sobre la incongruencia a que de paso se refiere la demanda de casación, porque ella es resultado de la desarmonía entre la parte resolutiva de la sentencia y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes en la demanda y su respuesta, lo cual no ocurre ahora, porque en la demanda se solicitó condenación en abstracto o en concreto si se probare este último supuesto. Por eso, tampoco hubo violación de los artículos

480 y 481, estos adjetivos por cierto, ni de las disposiciones sustantivas citadas por el recurrente.

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 treinta de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Bogotá.

Sin costas en el recurso.

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

Enrique Coral Velasco—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Enrique J. González, Conjuez.—**Jorge Soto Soto,** Secretario.

LAS ACCIONES DIRIGIDAS A OBTENER QUE SE DECLARE LA FILIACION, SE SURTEN, PRECISAMENTE, POR MEDIO DE ABOGADO TITULADO, SALVO CUANDO LAS SIGA EL MINISTERIO PUBLICO, A FIN DE OBTENER MAYOR SERIEDAD Y RESPALDO CIENTIFICO EN SU TRAMITACION Y EVITAR EL EJERCICIO TEMERARIO DE ESTA CLASE DE PROCEDIMIENTOS. — INTERPRETACION Y ALCANCE DE LOS ARTICULOS 1º Y 14 DE LA LEY 69 DE 1945 Y 1º Y 2º DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1209 DE 1954

El aparte 2º del artículo 12 de la Ley 45 de 1936, determinó que las acciones dirigidas a obtener que se declare la filiación, se surten, precisamente, por medio de abogado titulado, salvo cuando las siga el Ministerio Público.

La ley buscó que estas acciones fueran dirigidas por abogado titulado para obtener mayor seriedad y respaldo científico en su tramitación y evitar el ejercicio temerario de esta clase de procedimientos.

Posteriormente, la Ley 69 de 1945, "por la cual se desarrolla el artículo 40 de la Constitución Nacional, sobre ejercicio de la abogacía", estableció que nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, salvo las excepciones allí enumeradas. Y el artículo 14 de la misma ley, dijo que "las regulaciones de la presente ley no implican modificaciones a ninguna otra ley que exija el título de abogado para el ejercicio de cualquiera ación".

Es decir, que el legislador de 1945, al desarrollar el artículo 40 de la Constitución Nacional, expresamente dejó a salvo las disposiciones o leyes que exigieren la calidad de abogado titulado para el ejercicio de cualquiera acción, entre las cuales está la de filiación.

Vino más tarde la legislación de emergencia y el Decreto Legislativo 1.209 de 1954, "por el cual se sustituye el artículo 1º de la Ley 69 de 1945", legisló en la forma como antes se vio con el fin de agregar al artículo 1º de la Ley 69 de 1945, las siguientes expresiones: "abogado titulado e inscrito, o abogado recibido con anterioridad al 16 de febrero de 1945..." (Rayas de la Sala).

No se encuentra razón alguna para creer que este artículo tenga virtud para autorizar a los abogados recibidos con anterioridad al 16 de febrero de 1945, para seguir acciones sobre filiación, porque su alcance no llega hasta suspender el aparte 2º del artículo 12 de la citada Ley 69, por lo cual, además, debe entenderse vigente el artículo 14 ibídem, en cuanto determinó que las regulaciones de ella no implicaban modificaciones a ninguna otra ley que exija título de abogado para el ejercicio de cualquier acción.

Todo lo cual se dice para abundar en razones, pues los artículos 1º y 2º del Decreto Legislativo 1.209 de 1954 no atribuyen propiamente a los particulares derechos concretos de contenido sustantivo, sino que su objeto es el de reglamentar la profesión de abogado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 28 de febrero de 1957, dictada por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio ordinario de filiación natural que Eva María Vergel P. en nombre de sus hijos menores, Luis Alfonso, Saúl y Domingo, inició contra la sucesión iliquida del señor Trinidad Bayona Pérez, representada por su cónyue Lucila Bayona de Bayona y por sus hijos menores, para que se declare la paternidad del señor Bayona Pérez con relación a los hijos de Eva María Vergel.

ANTECEDENTES

Doña Eva María Vergel, confirió poder al señor Nicolás Guerrero, abogado en ejercicio, para que adelante el juicio de filiación natural antes referido. El abogado procedió de conformidad y tramitada la primera instancia del juicio el Juzgado del conocimiento resolvió no acceder a las declaraciones solicitadas en el libelo y condenó en perjuicios a la señora Lucila de Bayona —demandada —por intervenir en el juicio sin personería.

Tramitada la segunda instancia, el Tribunal resolvió de la siguiente manera:

"Confirmar la sentencia dictada por el Juez Civil del Circuito de Ocaña de fecha agosto ocho de mil novecientos cincuenta y seis, en cuanto no accede a las declaraciones solicitadas en el libelo de demanda, por haberse declarado ahora la falta del presupuesto procesal a que alude la parte motiva y que impide el estudio a fondo de las cuestiones debatidas; y revocarla, como en efecto la revoca, en el sentido de que no hay lugar a condenar al pago de los perjuicios a la señora Lucila de Bayona por ser ello improcedente".

El Tribunal tuvo como razón para llegar a esa conclusión la circunstancia de que el abogado representante de la parte actora en el juicio, no es titulado, según constancia que obra en autos dada por la Secretaría del Juzgado de Ocaña, en cumplimiento de providencia de 24 de marzo de 1956, pronunciada a petición de la parte contraria, quien solicitó aclarar la situación del abogado demandante para establecer si de acuerdo con el artículo 12, inciso 2º de la Ley 45 de 1936, podía actuar en el juicio.

El Tribunal estudió ese aspecto del problema y concluyó en la forma antes transcrita.

RECURSO DE CASACION

Un solo cargo, a través de la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial formula el recurrente, por infracción directa de los artículos 1º 2º del Decreto Legislativo número 1.209 de 1954, cuyos textos son los siguientes: "Art. 1º Nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado titulado e inscrito, o abogado recibido con anterioridad al 16 de febrero de 1945, salvo las excepciones siguientes:...".

Art. 2º Este Decreto rige desde su expedición y suspende todas las disposiciones legales que le sean contrarias".

La Corte considera:

El aparte 2º del artículo 12 de la Ley 45 de 1936, determinó que las acciones dirigidas a obtener que se declare la filiación, se surten, precisamente, por medio de abogado titulado, salvo cuando las siga el Ministerio Público.

La ley buscó que estas acciones fueran dirigidas por abogado titulado para obtener mayor seriedad y respaldo científico en su tramitación y evitar el ejercicio temerario de esta clase de procedimientos.

Posteriormente, la Ley 69 de 1945, "por la cual se desarrolla el artículo 40 de la Constitución Nacional, sobre ejercicio de la abogacía", estableció que nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, salvo las excepciones allí enumeradas. Y el artículo 14 de la misma ley, dijo que "las regulaciones de la presente ley no implican modificaciones a ninguna otra ley que exija el título de abogado para el ejercicio de cualquiera acción".

Es decir, que el legislador de 1945, al desarrollar el artículo 40 de la Constitución Nacional, expresamente dejó a salvo las disposiciones o leyes que exigieren la calidad de abogado titulado para el ejercicio de cualquiera acción, entre las cuales está la de filiación.

Vino más tarde la legislación de emergencia y el Decreto Legislativo 1.209 de 1954, "por el cual se sustituye el artículo 1º de la Ley 69 de 1945", legisló en la forma como antes se vio con el fin de agregar al artículo 1º de la Ley 69 de 1945, las siguientes expresiones: "Abogado **titulado e inscrito, o abogado recibido** con anterioridad al 16 de febrero de 1945..." (Rayas de la Sala).

Y es este artículo el que sirve al recurrente para atacar la sentencia del Tribunal.

No se encuentra razón alguna para creer que este artículo tenga virtud para autorizar a los abogados recibidos con anterioridad al 16 de febrero de 1945, para seguir acciones sobre filiación, porque su alcance no llega hasta suspender el aparte 2º del artículo 12 de la citada Ley 69, por lo cual, además, debe entenderse vigente el artículo 14 ibídem, en cuanto determinó que las regulaciones de ella no implicaban modificaciones a ninguna otra ley que exija título de abogado para el ejercicio de cualquier acción.

Todo lo cual se dice para abundar en razones, pues, las disposiciones del Decreto Legislativo, que el recurrente crée violadas, no atribuyen propiamente a los particulares derechos concretos de contenido sustantivo, sino que su objeto es el de reglamentar la profesión de abogado.

Por no estar fundado el cargo, 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 veintiocho de febrero de mil novecientos cincuenta y siete, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en el juicio de filiación nautral de Eva María Vergel P. y otros contra Lucila Bayona de Bayona y otros.

No se causaron costas en este recurso.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

PERJUICIOS MORALES. — DISTINCION, CARACTERISTICAS Y MODALIDADES ENTRE LOS PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS Y LOS OBJETIVOS. — CUANDO UNOS U OTROS SE DEMANDAREN CIVILMENTE, DEBEN SER REALMENTE ESTABLECIDOS Y HAN DE SER CIERTOS. — FINALIDAD DE ESTA DEMOSTRACION— LA CUANTIA DEL PERJUICIO MORAL OBJETIVO PUEDE SER ACREDITADA POR LOS MEDIOS DE PRUEBA SEÑALADOS AL EFECTO EN NUESTRO REGIMEN PROCEDIMENTAL, Y LA DEL PERJUICIO MORAL SUBJETIVO ESTA SUBORDINADA A LAS REGLAS DEL ARTICULO 95 DEL C. PENAL. — LA CONDENACION EN CONCRETO AL PAGO DE PERJUICIOS ESCAPA AL RECURSO DE CASACION, SALVO QUE SE DEMUESTRE QUE EL FALLADOR INCURRIO EN ERROR EN LA APRECIACION DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS EN QUE SE FUNDO PARA HACER TAL CONDENA. — MERITO PROBATORIO DEL DICTAMEN PERICIAL. — LA APRECIACION QUE HACE EL SENTENCIADOR DE INSTANCIA DE UN DICTAMEN PERICIAL DE ACUERDO CON LAS REGLAS GENERALES DE LA SANA CRITICA, NO PUEDE MODIFICARLA LA CORTE EN CASACION. — CAUSAL DE INCONGRUENCIA. — CUANDO PROCEDE. — LO NATURAL ES QUE EL SENTENCIADOR ESTUDIE LAS EXCEPCIONES EN LA PARTE MOTIVA Y DECIDA SOBRE ELLAS EN LA RESOLUTIVA; PERO NO PUEDE AFIRMARSE QUE EL FALLO CAREZCA DE CONSONANCIA, CUANDO LUEGO DE TOMAR EN CUENTA LAS EXCEPCIONES SE PRONUNCIA DE ACUERDO CON LO QUE SOBRE LAS DEFENSAS EXPUSO.—LA CORTE REITERA SU DOCTRINA SENTADA A ESTE RESPECTO

1. — En materia de perjuicios morales, la Corte, como es sabido, ha venido estudiando desde el año de 1922 con el mayor esmero y atención tan complejo como debatido asunto. Como fruto de dicho estudio, puede decirse, existe hoy una jurisprudencia no sólo acorde con las modernas orientaciones de la ciencia jurídica, sino armónica a la vez con nuestro sistema legislativo y prudentemente atemperada a nuestro medio social.

Distingue la jurisprudencia entre los perjuicios morales subjetivos y los objetivos, caracterizándose los primeros por el agravio que implican a los sentimientos o a la personalidad moral de la víctima, sin consideración a factor alguno de orden patrimonial o económico; y los segundos, son aquellos que procediendo de causas morales tienen sin embargo, repercusión en la esfera económica o patrimonial de la persona que los ha sufrido. Ambos, desde luego, dan derecho a su reparación, pero en el fondo son modalidades distintas que responden a diferentes conceptos jurídicos y específicamente se diferencian hasta en la forma como deben ser regulados. En todo caso, cuando unos u otros se demandaren civilmente deben ser realmente establecidos y han de ser ciertos, pues la demostración de estos extremos es la que debe servir de fundamento lógico e indispensable a la sentencia que ordene indemnizarlos. En lo que atañe a su cuantía, el perjuicio moral objetivo puede ser acreditado por los medios de prueba señalados al efecto en nuestro régimen procedimental. En cuanto a la cuantía del perjuicio moral subjetivo, está subordinada a las reglas del artículo 95 del Código Penal que señala la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) como su límite máximo. Sin que ello quiera decir, observa la Corte, que la suma de dinero que dentro del límite expresado llegare a fijar el juzgador responda fielmente a la medida exacta del daño causado, porque es obvio, que el "dolor moral" o "perjuicio de afección", como lo llama nuestra jurisprudencia, no tiene precio alguno, ni hay retribución sumaria que debidamente pueda repararlo. La indemnización, pues, en estos casos es como simbólica y sólo significa una forma de satisfacción o una afirmación de parte de la justicia en aras del derecho vulnerado.

El perjuicio moral objetivo y el subjetivo, tienen sus modalidades específicas, no dependiendo su naturaleza intrínseca del capricho del testimonio humano, así como tampoco puede la esencia del uno o del otro ser modificada a través de los medios de prueba. Según lo dicho por la Corte reiteradamente en sus fallos, la denominación de los hechos o de las figuras jurídicas, es al Juez a quien corresponde darla y no varía su verdadera naturaleza por razón del equivocado calificativo que les den los litigantes.

Cuando la ley habla de perjuicios, para su reconocimiento judicial, debe saberse, tienen que aparecer demostrados no con la simple afirmación de haberse causado en concepto de los testigos, sino de hechos positivos, de donde el Juez pueda deducir con certeza plena la existencia del perjuicio que se demanda.

Cuando en juicios de esta naturaleza el Juzgado hallare que en el expediente hay bases suficientes para hacer una condenación en concreto, debe hacerlo, y su determinación escapa al recurso de casación, salvo que se hubiese demostrado que incurrió en error en la apreciación de los elementos probatorios, en que es fundó para hacer la condena en concreto.

Cuando se trata de un perjuicio moral de afección representado por un quebranto espiritual, la fijación de su cuantía escapa a la prueba pericial. En los procesos en que se persigue la reparación civil por esta clase de perjuicios, no es posible, como lo ha dicho la Corte, usar de los medios ordinarios que ofrece el derecho probatorio para establecer el daño emergente y el lucro cesante, factores integrantes del concepto de indemnización, como sucede en los demás casos en que se busca la efectividad de la responsabilidad civil (Casación 21 de agosto de 1941, G. J. Nº 1.978, Pág. 211-212).

2. — Los artículos 721 y 722 del Código Judicial, le reconocen el mérito de plena prueba al dictamen pericial, siempre y cuando que reúna todas las condiciones allí prescritas. Pero tales disposiciones no son de aplicación mecánica, ni privan al sentenciador de su libertad para apreciar la fundamentación del dictamen, y si ésta es acertada y exacta, tendrá la prueba la eficacia que le reconoce nuestra ley de procedimiento, más no en el caso contrario.

Sobre el mérito de la prueba pericial, dice Dellepiane:

"No obstante estar llamados los peritos a suplir o complementar los conocimientos del Juez, ilustrándolo sobre cuestiones de hecho que requiere saber especial, su exposición no liga imperativamente al Magistrado, ni lo dispensa del deber de criticar".

3.—La apreciación que hace el sentenciador de instancia de un dictamen pericial, no puede modifcarla la Corte en el recurso extraordinario por otorgarle nuestro derecho procesal al juzgador libertad para analizar los elementos pobatorios traídos en las instancias, de acuerdo con su criterio y con las reglas generales de la sana crítica.

4.—La causal segunda de casación únicamente procede, ya cuando se resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, dejándose de resolver los planteados en el juicio, ya cuando se condene a más de lo pedido o no se falla sobre alguna de las excepciones opuestas a la acción incoada.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

El teniente coronel Isaías Olaya Torres, por medio de apoderado demandó ante el Juez Civil del Circuito de Ibagué a la institución denominada Banco Popular representada en la seccional de Ibagué, por su respectivo gerente, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que el Banco Popular es civilmente responsable del hecho culposo ejecutado por el señor Jorge Moreno, empleado de la sucursal de dicho Banco en esta ciudad, cuyos pormenores describen los hechos a), b) y c) de esta demanda.

"Segunda. Que como consecuencia de la anterior declaración, el Banco demandado debe pagar a mi representado, los perjuicios materiales resultantes del hecho culposo a que hace referencia la súplica inmediatamente precedente.

"Tercera. Que, así mismo, como consecuencia de la anterior declaración, el Banco demandado debe pagar a mis representados los perjuicios morales que le produjo el hecho culposo de que

resulta responasble la entidad demandada al tenor de la declaración impetrada en dicha súplica.

"Cuarta. Que como valor total de los perjuicios materiales y morales de que tratan las dos súplicas anteriores, el Banco demandado debe pagar a mi representado, la cantidad de trescientos mil pesos moneda corriente o la que, en defecto de ésta se aprecie por peritos.

"Quinta. Que el Banco demandado debe pagar a mi represntado, las costas de este juicio".

Fundó su demanda en varios hechos que son en resumen, los siguientes:

"a) Que el día 3 de diciembre de 1952, cuando Isaías Olaya Torres transitaba por frente a las oficinas de la institución demandada que funciona en Ibagué, resolvió entrar a dicha institución con el propósito de preguntar sobre un asunto relacionado con tal instituto de crédito.

b) Que como ya se habían cerrado las actividades para el público, se estuvo en la puerta y mientras dialogaba con la empleada, señorita Margot Torres, el demadante fue víctima de un proyectil de revólver que inesperada e imprudentemente había sido disparado por un arma de fuego que portaba el celador de dicho establecimiento, quien la había recibido para el desempeño de su misión y en cuyo cumplimiento se hallaba en los momentos de sucederse el accidente.

c) Que como consecuencia de tal accidente fue trasladado a la Clínica Minerva en donde fue operado por los doctores Jaime Varela y Luis E. Vargas Rocha, quienes manifestaron encontrar "una fractura abierta del antebrazo izquierdo ocasionada por proyectil de arma de fuego", señalándole una incapacidad inicial de diez semanas, siempre que el tratamiento se continuara correctamente y no hubiese complicaciones al respecto.

d) Posteriormente, el médico doctor Varela, conceptuó que la víctima debería ser trasladada a Bogotá, en donde se disponía de medios más apropiados para someterlo a una nueva operación, la cual fue hecha por el doctor Ernesto Meléndez, quien lo practicó una reducción y osteosíntesis metálica de la fractura del radio y cúbito, como también la exploración de los nervios mediano y radial.

e) El mismo facultativo consideró que el paciente debería trasladarse a Estados Unidos para que allí le practicasen un injerto óseo y así lo hizo el paciente, habiendo sido operado en el hospital George Washington de Washington, por el médico doctor Jhon P. Adams. No obstante, haberse practicado la referida operación quirúrgica, el enfermo no quedó completamente curado, según constancia dejada por el doctor Ernesto Meléndez, que dice así: "Existe una seudo-artrosis del cúbito izquierdo y las limitaciones anotadas en los movimientos y la pérdida de fuerza consecuencial, son en mi concepto de carácter definitivo y permanente. Por lo tanto, como especialista en esta materia conceptúo, que el señor coronel Olaya, HA QUEDADO INCAPACITADO DEFINITIVAMENTE PARA VOLVER AL SERVICIO ACTIVO DEL EJERCITO".

f) La lesión antes transcrita, no sólo produjo en la víctima una incapacidad material, sino también incapacidda de índole moral, consistente en que no podría volver a prestar sus servicios en el ejército nacional, lo cual según el demandante, se traduce en perjuicios materiales y morales futuros, que deben estimarse y pagarse por la entidad demandada, ya que fue uno de sus empleados subalternos, quien estando en el ejercicio de sus funciones, produjo, obrando imprudentemente, el accidente a que se ha hecho mención.

g) Que como consecuencia de todo lo expuesto, el demandado se vio obligado a abandonar la mayoría de sus negocios que tenía establecidos en Ibagué, Girardot y Saldaña, experimentando con ello graves perjuicios económicos e invirtiendo cuantiosas sumas de dinero en el pago de las referidas operaciones quirúrgicas.

El demandante estimó la cuantía en $ 300.000.00 y en derecho fundó su demanda en los artículos 1.494, 1.738, 2.347 y demás concordantes del Código Civil, habiendo acompañado a su libelo los documentos allí relacionados.

Oportunamente el procurador de la parte demnadada contestó la demanda oponiéndose a la acción y proponiendo a la vez las excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, culpa del actor y ausencia de culpa en el opositor. En cuanto a los hechos, sin negar explícitamente los principales, niega algunas de sus circunstancias expresadas en la demanda y al propio tiempo suministra explicaciones exculpativas alegando falta de responsabilidad en lo ocurrido.

Agotado el trámite de la primera instancia, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué, por sentencia de fecha 3 de agosto de 1956, desató la litis, resolviendo lo siguiente:

"Primero. El Banco Popular, es civilmente res-

ponsable del hecho culposo ejecutado por Jorge Moreno, como empleado de la sucursal que dicha institución tiene en esta ciudad, por haberse evidenciado que tal dependiente, fue el autor de la lesión inferida al Teniente Coronel Isaías Olaya Torres en las últimas horas de la tarde, del día 3 de diciembre de 1952, mientras conversaba con una de las empleadas en la puerta de ese establecimiento.

"Segundo. Como consecuencia de lo anterior, el Banco Popular, debe pagar al teniente coronel Isaías Olaya Torres, los perjuicios materiales consistentes en el daño emergente, o erogación que la expresada víctima tuvo que llevar a cabo para sufragar los gastos hechos con motivo de las intervenciones quirúrgicas y los respectivos tratamientos médicos de que fue objeto en la Clínica Minerva de esta ciudad y en el Instituto Traumatológico de Bogotá.

"Tercero. La referida institución demandada, por concepto del expresado daño material, debe pagar al teniente coronel Isaías Olaya Torres, en el domicilio de la parte vencida, tres días después de quedar en firme esta providencia, la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00) moneda corriente.

"Cuarto. Igualmente pagará el Banco Popular al expresado Teniente Coronel Isaías Olaya Torres, las costas de este juicio.

"Quinto. Niéganse las demás peticiones de la demanda".

Ambas partes apelaron de la anterior providencia, y el Tribunal Superior, Sala Civil de Ibagué, una vez cumplidos los trámites de la segunda instancia, falló el negocio en los siguientes términos:

"Primero. Refórmanse los apartes segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Juez Civil Primero del Circuito de Ibagué de tres (3) de agosto de mil novecientos cincuenta y seis (1956), en el sentido de condenar al demandado a pagar al actor, por concepto de perjuicios morales subjetivos, la suma de un mil pesos ($ 1.000.00), y por concepto de daños materiales, la de $ 30.000.00, o sea, un total de $ 31.000 moneda legal colombiana.

"Segundo. Se condena a la parte demandada en las costas de este recurso".

No satisfechas las partes con la anterior resolución, ambas interpusieron el recurso extraordinario que ahora se decide. Se estudiará en primer término la demanda de casación del recurrente demandante.

Demanda del recurrente demandante.

Formula así su acusación:

"Acuso la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 16 de diciembre de 1957, proferida en este juicio ordinario de Isaías Olaya Torres contra el Banco Popular, Ibagué, con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción indirecta proveniente de apreciación errónea y falta de apreciación de determinadas pruebas, que adelante indicaré, con lo cual incurrió en errores de derecho y en errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos.

"Las disposiciones sustantivas violadas indirectamente son los artículos 2.341, 2.342, 2.347, 2.356 y ordinal 1º del Código Civil, y 12, 92, 94 y 95 del Código Penal y concordantes con éstos.

"Las disposiciones sustantivas violadas directamente son las referentes a pruebas, que señalaré en su lugar. Y los errores de hecho manifiesto son los que también indicaré en seguida en forma discriminada, como lo manda la ley (artículo 531 del Código Judicial).

"Cargo primero. Violación indirecta de los artículos 2.341, 2.342, 2.347, 2.356 y ordinal 1º del Código Civil, y 12, 92, 94 y 95 del Código Penal y concordantes con éstos, especialmetne del último, en cuanto a daños morales objetivados. Violación indirecta, debida a errónea apreciación de la prueba pericial, con lo cual quebrantó directamente los artículos 705, 721 y 722 del Código Judicial y los artículos 697 y 693 del mismo Código, sobre testigos".

"Según lo anteriormente transcrito, se impugna en este cargo la sentencia recurrida por dos aspectos, a saber: error de hecho en la apreciación del dictamen pericial en lo tocante a perjuicios morales objetivados y error de hecho en la no apreciación de la prueba testimonial. En cuanto al primero, el recurrente lo hace consistir en que el Tribunal no aceptó la cuantía señalada de común acuerdo por los peritos por concepto de perjuicios morales objetivados, "porque éstos apreciaron como tales, daños que carecían de esa calidad". Según el recurrente, esta apreciación es contraria al contenido del mismo dictamen y a la realidad procesal. En cuanto dice relación al error de hecho en lo tocante a la prueba testimonial, lo expone así el demandante:

"El Tribunal cita las declaraciones de los doctores Luis Eduardo Vargas Rocha, Jaime Varela, Alberto Gómez Ardila y Ernesto Meléndez, que

confirman la circunstancia de haberse causado perjuicios morales objetivos, pero luego prescinde considerar sus exposiciones en lo relativo a este punto".

La Corte considera:

En materia de esta clase de perjuicios, la Corte como es sabido, ha venido estudiando desde el año de 1922, con el mayor esmero y atención tan complejo como debatido asunto. Como fruto de dicho estudio, puede decirse, existe hoy una jurisprudencia no sólo acorde con las modernas orientaciones de la ciencia jurídica, sino armónica a la vez con nuestro sistema legislativo y prudentemente atemperada a nuestro medio social.

Distingue la jurisprudencia entre los perjuicios morales subjetivos y los objetivos, caracterizándose los primeros por el agravio que implican a los sentimientos o a la personalidad moral de la víctima, sin consideración a factor alguno de orden patrimonial o económico; y los segundos, son aquellos que procediendo de causas morales tienen sin embargo, repercusión en la esfera económica o patrimonial de la persona que los ha sufrido. Ambos, desde luego, dan derecho a su reparación, pero en el fondo son modalidades distintas que responden a diferentes conceptos jurídicos y específicamente se diferencian hasta en la forma como deben ser regulados. En todo caso, cuando unos u otros se demandaren civilmente deben ser realmente esablecidos y han de ser ciertos, pues la demostración de estos extremos es la que debe servir de fundamento lógico e indispensable a la sentencia que ordene indemnizarlos. En lo que atañe a su cuantía, el perjuicio moral objetivo puede ser acreditado por los medios de prueba señalados al efecto en nuestro régimen procedimental. En cuanto a la cuantía del perjuicio moral subjetivo, está subordinada a las reglas del artículo 95 del Código Penal que señala la suma de $ 2.000.00 como su límite máximo. Sin que ello quiera decir, observa la Corte, que la suma de dinero que dentro del límite expresado llegare a fijar el juzgador responda fielmente a la medida exacta del daño causado, porque es obvio, que el "dolor moral" o "perjuicio de afección", como lo llama nuestra jurisprudencia, no tiene precio alguno, ni hay retribución sumaria que debidamente pueda repararlo. La indenmización, pues, en estos casos es como simbólica y sólo significa una forma de satisfacción o una afirmación de parte de la justicia en aras del derecho vulnerado. Obrando con este criterio, fue como el sentenciador señaló en el caso sub-lite en $ 1.000.00 moneda corriente el valor de los perjuicios morales subjetivos causados al Tte. coronel Isaías Olaya Torres. Esta estimación no sólo no ha sido impugnada por el recurrente, sino que en su demanda considera ser ella intocable en este recurso, y al efecto dice:

"El Tribunal admite los perjuicios morales subjetivos que tasa en mil pesos ($ 1.000.00), tasación que, sujeta a su prudente arbitrio resulta inatacable en casación en este caso".

En cambio, no admite el recurrente lo resuelto por el Tribunal en orden a los perjuicios morales objetivos y concretamente impugna el siguiente pasaje de la sentencia por considerar que lo allí expuesto configura un error de hecha. Dice así el fallo:

"No hay lugar, por tanto, a tomar en consideración el dictamen pericial en lo que atañe al perjuicio moral objetivado, porque los peritos apreciaron como tal daños que ostensiblemente carecen de esa calidad; ni es el caso de hacer condenación alguna por este respecto, porque en la causa no aparece acreditada la existencia de un perjuicio de esta especie. Los únicos que el actor intentó probar son los que se dejan expresados, que, como acaba de decirse, no tienen ese carácter".

El problema, pues, estriba y a ello se concreta el cargo al capítulo de los perjuicios morales objetivados que fueron materia de un dictamen pericial, pero que el sentenciador no lo aceptó porque lo apreció indebidamente incidiendo así en manifiesto error de hecho, según lo afirma el recurrente.

Efectivamente, la prueba pericial se practicó oportunamente y existen ciertos antecedentes procesales, los cuales conviene relievar para mejor inteligencia del cargo. En memorial que obra a folio 1 del cuaderno número 2, el apoderado del actor del juicio solicitó la práctica de varias pruebas, entre ellas, un dictamen pericial con el objeto de determinar la cuantía de los perjuicios causados al teniente coronel Olaya Torres por el accidente de que se ha hablado. En la serie "LL", se pidió que los peritos dictaminaran sobre lo siguiente:

"1º Si es verdad que el señor teniente coronel Isaías Olaya distinguidísimo oficial en uso de buen retiro de las fuerzas armadas de la República sufrió con el accidente graves perjuicios morales, que inciden en el hecho positivo y muy grave, según consta en los autos que los peritos examinarán, en lo pertinente, y que consisten en su

imposibilidad de su regreso a las fuerzas armadas.

"2º Que los peritos avalúen el valor de afección que por el no ingreso a las fuerzas armadas conforme a los dictámenes periciales, le impedirá al señor teniente coronel Isaías Olaya, el regreso a dicha institución, de la cual ha hecho parte como miembro meritísimo y distinguido de las fuerzas armadas, para lo cual tendrán en cuenta certificados que obran en los autos sobre las categorías, ascensos, distinciones, merecimientos, que corresponden a un distinguido militar de las fuerzas armadas de la República hasta llegar a coronar las más altas distinciones que en la jerarquía militar se atribuyan".

Al folio 58 cuaderno número 2, obra el dictamen de los peritos, quienes de común acuerdo conceptuaron así:

"Cuestionario "LL".

"Cuestión primera: Es verdad.

"Cuestión segunda: 'Avaluar el valor de afección que por el no ingreso a las Fuerzas Armadas, conforme a los comprobantes que aparecen en el expediente, le impedirá al señor teniente coronel Isaías Olaya el regreso a dicha institución.....' Es un hecho cierto y evidente que el militar que no puede regresar a filas, contra su voluntad, por impedimento físico o legal, sufre una psicosis, que se traduce en un complejo de inferioridad, que martiriza su existencia, lo coloca en un grado de desventaja frente a sus semejantes y puede ocasionar perturbaciones de orden patológico que minan su existencia y lo pueden conducir a la muerte. Para el militar, como para todo mortal que no puede regresar a su honesta y honrosa profesión, es un impacto de consecuencias incalculables que realmente no puede medirse con la tabla de las probabilidades. Médicamente el señor teniente coronel Isaías Olaya tiene en la actualidad cincuenta años de edad, el estado de su salud, antes de las heridas y perturbaciones psíquicas que ellas ocasionaron, era excelente y, por lo tanto, valiéndose de las tablas de longevidad, aplicables al medio colombiano, puede decirse que todavía le restan de vida unos diez y ocho años (acompañamos la fotoscopia de las tablas de longevidad, las cuales difieren en muy poco con las que usa la Compañía Colombiana de Seguros de Vida. Las tablas de esta Compañía dan para 50 años de edad, un índice de mortalidad de 17,63 y una vida probable de 18 años 7 meses). Es decir, que durante diez y ocho años más, si el teniente coronel Olaya, volviera a filas, como tenía derecho antes de las heridas, podría devengar un sueldo de un mil pesos ($ 1.000.00) mensuales, sin tener en cuenta ascensos y demás gajes anexos a la carrera militar. Esto daría como consecuencia que por razón de las heridas recibidas y su incapacidad, por ellas de volver a filas, ha perdido la suma de doscientos diez y seis mil pesos ($ 216.000.00) en los diez y ocho años. Pero los peritos, sin usar cálculos alegres y festinar el caso, estiman la pérdida afectiva sufrida por este concepto en le suma de sesenta y cuatro mil ochocientos pesos ($ 64.800.00) o sea la diferencia entre los sueldos efectivos que ha debido recibir y la pensión a que tiene derecho como militar en uso de buen retiro".

Los peritos, pues, ateniéndose a los términos del cuestionario justipreciaron el valor de afección o pena moral que aflige al teniente coronel Isaías Olaya Torres, al considerar que no le será posible, por su impedimento físico, regresar a la institución de que formaba parte. Versó en resumen, el dictamen sobre una cuestión que toca directamente con la parte subjetiva de la persona humana, y que por su índole pertenece más bien al campo de la ciencia psicológica.

El mismo apoderado de la parte recurrente expresamente reconoce en su demanda, que los peritos "hablaron de avaluar el valor de afección y de perjuicios morales subjetivos", pero al propio tiempo dice que se refieren es a los objetivos, pues así se colige de las respuestas que dieron a otros de los cuestionarios sometidos a su dictamen en el respectivo memorial de pruebas. Como se ve, para el mismo apoderado resulta por lo menos oscuro o deficiente el dictamen en este punto y pretende ahora aclararlo, cosa que no procede en el presente recurso, pues su aclaración o ampliación ha debido ser hecha en la oportunidad y forma prescrita en el artículo 719 del Código Judicial.

Desde luego, y ello no se oculta a la Corte, el sentimiento o depresión moral que pueda embargar al nombrado oficial, es no sólo justificable sino humano y también respetable; pero esa pena o dolor íntimo no es por su naturaleza susceptible de ser objetivada. En cuanto a su cuantía, y por tratarse de un perjuicio moral de afección representado por un quebranto espiritual, escapa a la prueba pericial. En los procesos en que se persigue la reparación civil por esta clase de perjuicios, no es posible, como lo ha dicho la Corte, usar de los medios ordinarios que ofrece el derecho probatorio para establecer el daño emergente y

el lucro cesante, factores integrantes del concepto de indemnización, como sucede en los demás casos en que se busca la efectividad de la responsabilidad civil. (Casación 21 de agosto de 1941. G. J. Nº 1.978. Págs. 211-212).

De lo expuesto anteriormente, se infiere que no erró el sentenciador cuando después de haber realizado con buen sentido crítico el examen de la susodicha prueba, llegó a la siguiente conclusión:

"No hay lugar, por tanto, a tomar en consideración el dictamen pericial en lo que atañe al perjuicio moral objetivado, porque los peritos apreciaron como tál daños que ostensiblemente carecen de esa calidad; ni es el caso de hacer condenación alguna por este respecto, porque en la causa no aparece acredita la existencia de un perjuicio de esta especie. Los únicos que el actor intentó probar son los que se dejan expresados, que, como acaba de decirse, no tienen ese carácter".

Y como el sentenciador en el considerando que acaba de transcribirse, no aparece a ojos vistas que hubiese alterado el contenido del dictamen de los peritos, ni que hubiese interpretado torcidamente su propósito probatorio, ni que hubiera extraído de él deducciones en pugna con la realidad procesal, no puede decirse con fundamento que hubiera incidido en error de hecho en la estimación de tal probanza. Y no apareciendo éste evidenciado, no resulta eficaz la acusación de violación indirecta de los artículos 2.341, 2.342, 2.347 y 2.356 del Código Civil, a los cuales alude el recurrente. . .

Más todavía. Aún suponiendo que el Tribunal hubiese incidido en el pretendido errror de hecho de que se queja el recurrente, tampoco el dictamen en lo pertinente a perjuicios morales objetivados, habría tenido eficacia por su falta de fundamentación.

Dice esto la Corte, porque los peritos para fijar la cuantía de la indemnización, partieron de la base de que el nombrado oficial no podría por la lesión física que sufrió, incorporarse en el futuro al servicio activo del ejército, y en esta circunstancia hicieron consistir la pena o psicosis o complejo de inferioridad social que afecta al citado militar. Mas la imposibilidad de ese regreso es extremo de la litis que no fue debidamente demostrado durante la secuela del juicio. Así lo observó en la motivación de su fallo de fondo el Juzgado del Circuito de Ibagué, que dijo lo siguiente:

"Se examinará ahora, lo concerniente al daño moral.

"Por tal ha entendido el demandante, la imposibilidad en que fue colocado para volver a ingresar al ejército, como consecuencia del accidente tantas veces expresado.

"Daño objetivable, traducible y ponderable en una apreciación económica, porque él incide directamente sobre el patrimonio ocasionando una lesión de naturaleza pecuniaria, según lo afirma el actor, por cuanto que no alega el precio de su dolor, que con dinero sería más llevadero, sino el cuantum en que se pondera su daño patrimonial, por desaparecer la oportunidad de volver a devengar como oficial del ejército.

"Vuelve a repetirse que las meras hipótesis o conjeturas no son fuente de indenmizaciones.

"En primer lugar no se demostró que el teniente coronel Olaya Torres, por dicho motivo no podrá volver al ejército.

"En los oficiales de su alto rango, no se requieren grandes capacidades físicas, ni destreza o habilidad como lo exigirían para un teniente o cosa parecida.

"Un teniente coronel es sujeto de administración o bufete, que más vale por sus conocimientos técnicos que por su contextura física.

"Hay una cosa perfectamente evidenciada en este proceso y es que si el teniente coronel Isaías Olaya Torres, no podría volver al ejército, es porque hay una disposición legal, que le dio de baja, o como se diga en la terminología militar más adecuadmente, nada menos que en forma definitiva y permanente, por incapacidad física y como consecuencia de una sentencia, proferida por la máxima entidad adminisrtativa jurisdiccional, el H. Consejo de Estado.

"Las elucubraciones que en contra de tal realidad, se pudieran plantear, serían meras hipótesis o fantasías, como las expuestas por los peritos en su dictamen, de fundamento para la respectiva fijación del daño en la cantidad de sesenta y cuatro mil ochocientos pesos, lo cual no puede aceptarse por la sencilla y potísima razón de que las posibilidades que al respecto advierten los peritos, chocan por el momento contra un expreso mandato legal, expedido con motivo de la mentada baja y cuya traba nadie puede garantizar que será revocada".

Por su parte, para el sentenciador de Ibagué, la imposibilidad del reingreso del oficial Olaya Torres a las filas del ejército, es apenas un hecho eventual, incierto o meramente hipotético y en

tales circunstancias, el dictamen basándose en tan precario fundamento no podía servir de soporte jurídico para una condena indemnizatoria, porque para ello se requiere que los perjuicios sean ciertos, reales y evidentes. Al respecto dice la sentencia:

"c) Se dijo atrás que el daño consistente en la imposibilidad de volver a devengar la asignación correspondiente a oficial en actividad, que los peritos estimaron como perjuicio moral objetivo, debería considerarse, en caso de existir, como perjuicio material. Pero el caso es que jurídicamente no existe. La doctrina es uniforme, en efecto, en el sentido de que sea cierto, y no hipotético o eventual como en el caso presente: el regreso a filas del teniente coronel Olaya dependería de un evento o contingencia que lo hace particularmente incierto, cual es su llamamiento al servicio por parte del gobierno, quien tiene la facultad legal de retirar o reincorporar libremente al servicio activo a las unidades de las fuerzas armadas. Para que haya lugar a reparación civil no es suficiente que el perjuicio pueda llegar a producise, sinò que es indispensable que ya se haya producido, esto es, que exista, y el que depende de una condición —en este caso de una voluntad extraña—, tiene el carácter de éventual. A este propósito dice Messineo: "Para que el daño dé pretensión también al resarcimiento, es necesario que sea cierto y efectivo, o sea, que no da materia a resarcimiento el daño hipotético, es decir, posible o eventual, pero no producido ya en realidad (y que por tanto podría también no producirse), en cuanto al patrimonio afectado está, por el momento, intacto'. (Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, 1955, tomo VI, Pág. 491).

Dice finalmente el recurrente:

"El Tribunal quebrantó así directamente los artículos 721 y 722 del Código Judicial, que le dan valor de plena prueba al dictamen pericial uniforme, explicado y debidamente fundamentado respecto de avalúo o regulación en cifra numérica y sobre hechos sujetos al testimonio de los sentidos, según sus conocimientos y las pruebas del expediente".

Ciertamente, las disposiciones citadas por el recurrente le reconoce el mérito de plena prueba al dictamen pericial, siempre y cuando que reúna todas las condiciones allí prescritas, las cuales como ya se vio, no fueron satisfactoriamente cumplidas en el experticio al cual ya se ha referido la Corte. Cabe observar además, que los precitados artículos no son de aplicación mecánica, ni privan ellos al sentenciador de su libertad para apreciar la fundamentación del dictamen, y si ésta es acertada y exacta, tendrá la prueba la eficacia que le reconoce nuestra ley de procedimiento, más no en el caso contrario.

Sobre el mérito de la prueba pericial, dice Dellepiane:

"No obstante estar llamados los peritos a suplir o complementar los conocimientos del Juez, ilustrándolo sobre cuestiones de hecho que requiere saber especial, su exposición no liga imperativamente al magistrado, ni lo dispensa del deber de criticar".

Por lo dicho, carece de fundamento el cargo consistente en el quebrantamiento de las normas citadas por el recurrente.

El segundo aspecto de la acusación contra la sentencia del Tribunal, se refiere al error evidente de hecho en que incidió el sentenciador al apreciar la prueba testimonial. Lo enuncia así el recurrente:

"El Tribunal cita las declaraciones de los doctores Luis Eduardo Vargas Rocha, Jaime Varela, Alberto Gómez Ardila y Ernesto Meléndez, que confirman la circunstancia de haberse causado perjuicios morales objetivos, pero luégo prescinde considerar sus exposiciones en lo relativo a este punto".

A continuación se hace una reproducción fragmentaria de las deposiciones de los declarantes mencionados y un ligero comentario acerca del contenido de ellas. Prácticamente nada más dice el recurrente.

La Corte considera:

Las declaraciones a las cuales alude el recurrente, no sólo fueron citadas, sino como consta en la parte motiva de la sentencia, le sirvieron al Tribunal como elemento de juicio para la condena hecha a cargo de la entidad demandada, por concepo de daños materiales, entre los cuales quedaron comprendidos los gastos hechos por el paciente en servicios médicos, operaciones y tratamientos clínicos.

No se le reconoció eficacia legal, és verdad, a los mencionados testimonios en cuanto con ellos pretendió demostrar el actor del juicio, que la psicosis, aflicción o depresión moral que ha padecido el demandante a consecuencia del accidente tantas veces mencionado, tuviera el carácter de un perjuicio moral objetivado, porque en sentir del sentenciador, aquello tenía el carácter de un perjucio moral de orden subjetivo, y no

erró al considerarlo así. El perjuicio moral objetivo y el subjetivo, tienen sus modalidades específicas, no dependiendo su naturaleza intrínseca del capricho del testimonio humano, como ha intentado hacerse en el presente caso, así como tampoco puede la esencia del uno o del otro ser modificada a través de los medios de prueba. Según lo dicho por la Corte reiteradamente en sus fallos, la denominación de los hechos o de las figuras jurídicas, es al Juez a quien corresponde darla y no varía su verdadera naturaleza por razón del equivocado calificativo que les den los litigantes.

De lo expuesto anteriormente, se deduce que no aparece evidenciado el error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial denunciado por el recurrente, y no existiendo no pudo haber ocurrido infracción ni directa ni indirecta de las normas por él citadas.

SEGUNDO CARGO

Lo formula así el recurrente:

"Violación indirecta de los artículos 2.341, 2.342, 2.347, 2.356 y ordinal 1º del Código Civil, y 12, 92, 94 del Código Penal y concordantes con éstos, en cuanto a daños materiales. Violación indirecta, debida o errónea apreciación de la prueba pericial, con lo cual quebrantó el Tribunal directamente los artículos 705, 721 y 722 del Código Judicial, los artículos 697 y 693 del mismo Código sobre testigos, y los artículos 48 de la Ley 153 y 1.887 y 481, 593 y 597 del mismo Código sobre inclusión de pruebas y obligaciones de apreciarlas.

"El Tribunal declara la existencia de los perjuicios materiales, pero al determinar la cuantía apenas admite:

"a) La práctica de una intervención quirúrgica en la Clínica Minerva de Ibagué y la de otra Clínica de Traumatología de Bogotá, que los peritos avaluaron en seis mil pesos.....	$ 6.000.00
"b) El viaje a los Estados Unidos y la intervención quirúrgica que allí sufrió, tasados por los peritos en..	$ 24.000.00
"TOTAL	$ 30.000.00"

En desarrollo del anterior cargo, dice el recurrente, que el Tribunal por no haber apreciado las declaraciones de Hernando Arbeláez Jiménez y Santiago Bravo, que prueban el abandono necesario de sus negocios por parte del demandante, lo cual se tradujo en un perjuicio económico que avaluaron los peritos en la cuantía de $ 45.000.00, y por no haber aceptado en su integridad el dictamen de los peritos por su errónea apreciación, incidió en errores de hecho y de derecho ,como consecuencia de los cuales, se infringieron directa e indirectamente las normas legales por él citadas.

La Corte considera:

Según la parte resolutiva de la sentencia acusada, el Banco Popular fue condenado a pagar al demandante por concepto de daños materiales, la suma de $ 30.000.00 moneda corriente, la misma que de común acuerdo fijaron los peritos y que fue aceptada por el Tribunal en vista de que el experticio en esta parte, tenía como respaldo, comprobantes y otros elementos probatorios que obran en los autos. Pero no se aceptó por el sentenciador la suma de $ 45.000.00 moneda corriente en que estimaron los peritos, los perjuicios económicos sufridos por el demandante "por el abandono de sus negocios y pérdidas en ellos", por no hallar plenamente comprobada la existencia de aquellos perjuicios.

Refiriéndose al abandono de los negocios por parte del demandante, lo cual pretendió establecerse con los ya nombrados testimonios, dijo el Tribunal:

"El Tribunal no encuentra probado, sin embargo, el necesario abandono de sus negocios por parte del demandante, pues que las únicas pruebas que dan cuenta de esos negocios —las declaraciones del doctor Hernando Arbeláez Jiménez y del señor Santigao Bravo— no fueron traídas a los autos durante el término probatorio del juicio, para que fueran apreciadas en la sentencia, sino que pertenecen al incidente de objeciones al dictamen pericial, por lo cual solo podían ser tenidas en cuenta al fallar tal incidente. El artículo 597 del Código Judicial prescribe que para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso, entre otros motivos, 'por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiera tal formalidad, y de no, antes de proferirse la correspondiente decisión'; y los términos señalados al efecto son, si se trata de pruebas que deban apreciarse en la sentencia definitiva en juicio ordinario, el establecido por el artículo 746 del código de enjuiciamiento civil, y si de pruebas que se refieren a una cuestión incidental, el que la ley haya se-

ñalado al reglamentar el respectivo incidente. En el caso presente las pruebas que figuran en el cuaderno 6º del expediente no fueron producidas para establecer lo substancial de la acción, o sea, para ser estimadas en la sentencia, sino solamente para acreditar una cuestión incidental: la falta de fundamento de unas objeciones al dictamen pericial. Por lo demás si así no fuera, si las pruebas practicadas con ocasión de un incidente debieran de tenerse en cuenta en el fallo definitivo, bastaría a las partes provocar un incidente cualesquiera una vez vencido el término que la ley ha señalado para aportar pruebas, para producirlas sin sujeción al término señalado al efecto y contra la expresa prohibición del artículo 752 in fine del Código Judicial. Y si se hace caso omiso, como debe hacerse, de las declaraciones aludidas, no queda en el proceso medio alguno de información sobre el abandono de sus negocios por parte del teniente coronel Olaya y el perjuicio que ese abandono le hubiera podido causar, pero ni siquiera sobre la índole de las actividades económicas a que estuviese consagrado".

Aún suponiéndose errada la consideración antes transcrita, no habría por ello motivo legal para infirmar la sentencia recurrida, porque otros son sus fundamentos y porque al examinarse las declaraciones a las cuales alude el recurrente, la Corte encuentra que por su deficiencia probatoria no estaban ellas llamadas a influír en la decisión de esta litis. En efecto:

Tanto el declarante Arbeláez Jiménez como Bravo, afirman constarles que el teniente coronel Olaya Torres, tenía unos cultivos de arroz en compañía de Hernando Marín y Jorge Emilio Orozco, los cuales daban buenas rendimientos, mientras el citado Olaya Torres estuvo al frente del negocio, pero que éste para viajar a los Estados Unidos con el fin de hacerse operar allí, se vio obligado a vender sus derechos al socio Hernando Marín, quien le pagó de contado una parte, no pudiéndole pagar el saldo por haber quebrado. Por todas estas circunstacnias y en concepto de los testigos, sufrió perjuicios económicos de importante cuantía el nombrado oficial. Como se ve, tales testimonios no proporcionan base sólida para inferir de ellos la existencia real del perjuicio que se reclama, porque cuando la ley habla de perjuicios para su reconocimiento judicial, debe saberse, tienen que aparecer demostrados no con la simple afirmación de haberse causado en concepto de los testigos, sino de hechos positivos, de donde el Juez pueda deducir con certeza plena la existencia del perjuicio que se demanda.

En el cargo materia de examen se acusa también la sentencia por error de hecho en la apreciación de la prueba pericial. Lo hace consistir el recurrente, en que el Tribunal solamente aceptó en una parte el experticio en lo concerniente a perjuicios materiales, pero lo desechó en lo tocante a los perjuicios sufridos por el demandante "por el abandono y pérdidas sufridas en sus negocios", que avaluaron los expertos en la suma de $ 45.000.00 moneda corriente.

El Tribunal refiriéndose a la prueba en cuestión, dijo lo siguiente:

"La forma como los peritos exponen su dictamen está por sí solo poniendo de manifiesto que su concepto parte de suposiciones o hipótesis, no de hechos reales, ya que él se funda en una afirmación inexacta: la de que un tratamiento médico como el a que se vio sometido el demandante obliga forzosamente al descuido o abandono de los propios negocios. Y en estas condiciones no solamente hay lugar a desestimar el dictamen, pues que no se funda en hechos, sino que no es procedente la condenación en perjuicios, porque no se ha comprobado que se hayan causado. Como se dijo en un principio, la prueba pericial sirve para acreditar la cuantía del daño, pero no su existencia, la que debe establecerse con pruebas distintas e independientemente de su valor".

Lo transcrito anteriormente ante todo pone de manifiesto, que el dictamen fue considerado, lo cual dicho sea de paso, excluye la posibilidad de un error de hecho por su no estimación.

Ocurre sí en este caso, que como el sentenciador halló que los hechos en que se fundaba el experticio no estaban plenamente acreditados en los autos, resolvió no aceptarlo, en cuanto al punto sobre los perjuicios económicos. Esta determinación es justificable, y no pugna con la realidad procesal, de donde se deduce no existir error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba. Se trata de una apreciación que la Corte no puede modificar en el presente recurso por otorgarle nuestro derecho procesal al juzgador libertad para analizar los elementos probatorios traídos en las instancias, de acuerdo con su criterio y con las reglas generales de la sana crítica.

Para la Corte, es obvio, que un dictamen pericial huérfano de fundamentación no resultaba apto, legamente hablando, para servir de soporte jurídico a la condena que por concepto de per-

juicios materiales, impetró en su libelo el actor del juicio. El artículo 721 del Código Judicial, vuelve a repetirse, le asigna el valor de plena prueba al dictamen pericial que reuna las condiciones allí prescritas, mas cuando no contiene en su plenitud las exigencias legales, como ocurrió en el caso de autos, no liga imperativamente al fallador, de donde se deduce que ni fue infringida la norma citada, así como tampoco lo fueron las demás que cita el recurrente.

Por todas las razones expuestas, no procede la acusación.

Demanda del recurrente demandado.

Dos cargos dentro de las causales segunda y primera del artículo 520 del Código Judicial, se formulan en esta demanda. El primero es por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Y el segundo, es por violación de los artículos 2.341 y 2.347 del Código Civil, que fueron aplicados por el sentenciador al caso en litigio, merced al error de derecho en la apreciación de las pruebas. Se estudiarán ambos cargos en el orden lógico en que han sido propuestos.

PRIMER CARGO

Lo sustenta así el recurrente:

"Aunque en las sentencias definitivas, tanto del señor Juez Primero del Circuito Civil de Ibagué como del Tribunal Superior se hizo referencia, en la parte motiva de ella, a las aludidas excepciones, y no obstante ser condenatorios ambos fallos, aunque con diferencias de cuantía, en la parte resolutiva de los mismos, que, como decisoria es la que tiene fuerza vinculante, se omitió hacer la correspondiente declaración sobre rechazo de tales excepciones.

"Es por consiguiente manifiesta la causal de casación alegada, y de ahí que proceda la casación de la sentencia recurrida por parte de la H. Corte, así como su sustitución por la respectiva sentencia de instancia".

La Corte considera:

La causal segunda de casación invocada por el recurrente, se refiere, como es sabido, al caso de que el fallo sea incongruente con el derecho a la excepción oportunamente deducida en el juicio. Vale decir, que únicamente procede esta causal de casación, ya cuando se resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, dejándose de resolver los planteados en el juicio, ya cuando se condene a más de lo pedido o no se falla sobre alguna de las excepciones opuestas a la acción incoada, y es a esta última circunstancia a que se refiere el cargo.

Es cierto y así fue reconocido en los antecedentes de esta providencia, que el demandado al contestar la demanda propuso como excepciones perentorias, las siguientes: ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandada, culpa del demandante y ausencia de culpa y de responsabilidad de la parte demandada.

En verdad, los jueces de fondo no hicieron declaración expresa sobre las mencionadas excepciones en la parte resolutiva de sus respectivas providencias, pero el Tribunal, al dictar su fallo de instancia reformatorio del proferido en primer grado, en sus numerales segundo y tercero, hizo en su parte motiva no sólo un estudio detenido de cada una de dichas excepciones, sino que expresamente las consideró ineficaces. Y así, después de haber estudiado lo relativo a la personería de la parte demandada, hizo la siguiente declaración:

"En parte alguna aparece establecido, por lo demás, que no sea la persona que ha comparecido en el juicio como demandada, la llamada a hacerlo, sino otra distinta, para que pueda prosperar la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandada, que ésta misma propone.

"Todo lo cual quiere decir que esa excepción carece del mérito que el excepcionante le atribuye".

Sobre las perentorias de culpa del demandante y ausencia de culpa de la parte demandada, el sentenciador después de un esmerado estudio sobre cada una de ellas, hizo la siguiente declaración expresa:

"No se ha establecido en este juicio, así, pues, la culpa del actor que pueda eximir al Banco de responsabilidad —ni siquiera que pueda compensarse con la de éste—, o sea, la intervención de un hecho extraño no imputable al demandado, por lo cual la imputación del evento y de los perjuicios producidos por él deben impugnarse al opositor.

Carecen de fundamento, por consiguiente, las excepciones de ausencia de culpa en el demandado y de culpa del demandante opuestas por aquél".

Lo transcrito anteriormente, lleva a la conclusión de que el cargo formulado carece de fundamento sólido, pues las excepciones tácitamente quedaron despachadas en forma desfavorable al

haber declarado el sentenciador en su fallo de instancia la culpabilidad de la parte demandada. Oportuno, considera la Corte transcribir aquí la siguiente jurisprudencia de la Sala de Casación Civil:

"Cuando la sentencia es absolutoria, no se requiere el examen de las excepciones propuestas, pues generalmente lo mismo es absolver por falta de fundamento la acción, que por el éxito de un medio exceptivo. En cambio, cuando la sentencia es condenatoria, debe el Juez examinar cada una de las excepciones propuestas declarándolas no probadas en la parte resolutiva. Sin embargo, la Corte ha atemperado estos principios así: 'Lo natural es que el sentenciador las estudie (las excepciones) en la parte motiva y decida sobre ellas en la resolutiva. Pero no puede afirmarse que el fallo carezca de consonancia, cuando luégo de tomar en cuenta las excepciones se pronuncia de acuerdo con lo que sobre las defensas expuso. Tampoco hay falta de disconformidad entre lo discutido y lo sentenciado cuando se decide sobre las defensas, una a una o agrupándolas, aunque en la parte considerativa no se haga su análisis". (G. J. Tomo LXI, Pág. 466).

Por las razone sexpuestas, no se acepta el cargo.

SEGUNDO CARGO

El segundo cargo es por infracción de los artículos 2.341 y 2.347 del Código Civil, por error de hecho en la estimación del dictamen pericial y lo desarrolla así el recurrente:

"La condenación por perjuicios materiales que figuran en la sentencia recurrida parten del supuesto de que un avalúo pericial puede sustituír o suplir, en absoluto, la falta de pruebas escritas sobre obligaciones contraídas y cancelación o pago de ellas por parte de quien se señale como víctima del daño emergente respectivo, o sea, por ejemplo, documentos de cobro de las correspondientes clínicas, etc. y aunque no se haya dado explicación alguna sobre la razón para no presentar los comprobantes escritos y directos aludidos.

"Proceder así es darle al artículo 721 del Código Judicial un alcance mayor del que le corresponde en materia de avalúos en cifras numéricas, y, como si tal avalúo pudiera sustituír, por completo, las pruebas directas sobre comprobación de obligaciones contraídas y sobre cancelación de las mismas y aún también en lo que concierne a su monto mismo.

"De otro lado y por añadidura, el mismo artículo 721 exige que el dictamen sea debidamente fundamentado, y mal puede serlo el que se hace sin las premisas probatorias a que se acaba de hacer alusión.

"De donde se sigue que el Tribunal autor de la sentencia incurrió en error de derecho en la estimación del dictamen pericial, al fijar como valor de los perjuicios pagaderos de conformidad con los citados artículos 2.341 y 2.347 del Código Civil, el monto de erogaciones no suficientemente comprobadas y menos en cuanto a su cuantía, y siendo así que el simple avalúo no puede sustituír sin causa justificativa, la prueba escrita y así preconstruída y propia para tal comprobación".

La Corte considera:

Expuestas fueron ya al examinar la demanda del demandante recurrente, las razones por las cuales la Corte estimó ajustada a la ley la apreciación del Tribunal, aceptando en parte, como base de la condena impuesta al demandado, el dictamen pericial, por la circunstancia de estar en dicha materia, como lo anotó el sentenciador, fundado en pruebas que obran en el expediente.

Y como esta acusación versa sobre un asunto que fue ya ampliamente estudiado, no considera la Corte necesario volver sobre el tema y se remite a lo que dijo entonces sobre el particular.

Por lo demás, estricta aplicación dio el sentenciador a los artículos 2.341 y 2.347 del Código Civil, disposiciones ambas que gobiernan el fenómeno jurídico de la responsabilidad civil por culpa extracontractual, pues plenamente quedó comprobada la culpabilidad del demandado, quien no logró destruír aquella presunción de culpabilidad, establecida en nuestro Código Civil para los efectos de la responsabilidad extracontractual. Y no sólo no se demostró la existencia de fuerza mayor o de caso fortuito, sino que tampoco el demandado para excusar su responsabilidad en el accidente, a consecuencia del cual, sufrió el demandante una fractura abierta en el antebrazo izquierdo, comprobó en forma alguna el haber tenido aquella suma diligencia y cuidado, cuya sola omisión es generadora a la luz de nuestro derecho civil del fenómeno de la culpa levísima. Resulta de lo expuesto, que no hubo infracción del artículo 2.341 del Código Civil ni del 2.347 ibídem, por cuanto que es un hecho procesalmente cierto, que ni el mismo recurrente niega que el disparo causante de la lesión física mencionada, fue hecho por un empleado del Banco demandado, cuando se hallaba en ejercicio de sus funciones.

Subsidiariamente solicita el recurrente que en

el evento de que se considere por la Corte que el fallo no ha de ser en absoluto absolutorio, se declare en él la concurrencia de culpas.

Desde que contestó la demanda la entidad demandada alegó que por parte del demandante había habido una conducta imprudente, al detenerse en la vía pública a conversar con un empleado del Banco, sobre asuntos particulares, pero aquella imprudente conducta es extremo que no fue procesalmente acreditado, y de ahí que el Tribunal, en términos que la Corte acoge, hubiera dicho lo siguiente:

"Cuando a la culpa que se atribuye al demandante, se le hace consistir, según parece, en los siguientes hechos: a) En la conducta imprudente del demandante al detenerse en la vía pública, a la puerta del Banco, a conversar con una empleada sobre asuntos particulares, no relacionados con la institución, cuando ya ésta había cerrado sus puertas al público; y b) En la conducta irregular de la empleada al salir a atender asuntos particulares a la puerta del Banco, en horas de trabajo, contraviniendo así, los reglamentos.

"La simple anunciación de estas razones, pone de manifiesto su inanidad, pues que no es posible aceptar que constituya un riesgo para la integridad física de las personas detenerse en la vía pública, ante la puerta del Banco Popular, a conversar o a ejecutar cualquier otro menester, cuando ya él ha cerrado sus puertas al público, por lo cual ese acto no puede ser reputado como constitutivo de conducta imprudente, como lo quiere el opositor; ni el quebrantamiento de normas de régimen interno del Banco que prohibían a los empleados atender asuntos particulares en horas de trabajo, tiene en este caso el carácter de causa, ni con causa siquiera, del daño causado, pues éste no se produjo como un efecto de la conversación sostenida por la empleada con el teniente coronel Olaya, sino exclusivamente como efecto del disparo ocasionado por la imprudencia y la impericia del empleado elegido por el Banco para hacer la vigilancia de sus oficinas. Y en el supuesto de que el desobedicimiento de normas reglamentarias del Banco pudieran tener el carácter de causa de aquel daño, en vez de exculpar a la entidad demandada haría que le fuera también imputable el perjuicio ocasionado por la falta de su dependiente, por razón de lo prescrito en el tantas veces citado artículo 2.347".

Finalmente dice el recurrente:

"c) Que en culaquier supuesto de carácter condenatorio debe disponerse, en general, que el monto de los perjuicios se determine de conformidad con lo establecido en el artículo 553 del Código Judicial".

No procede el anteriormente pedimento, porque cuando en juicios de esta naturaleza, el juzgador hallare que en el expediente hay bases suficientes para hacer una condenación en concreto, como ocurrió en el caso de autos, debe hacerlo, y su determinación escapa al recurso de casación, salvo que se hubiese demostrado que incurrió en error en la apreciación de los elementos probatorios, en que se fundó para hacer la condena en concreto, y el recurrente no ha demostrado la existencia de tal error.

Por las consideraciones expuestas, no prospera el cargo.

* * *

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, NO CASA la sentencia de fecha diez y seis (16) de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el juicio ordinario seguido por Isaías Olaya Torres contra el Banco Popular.

No hay costas, por no aparecer causadas.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

HIPOTECA. — COMO LA DOCTRINA PREDOMINANTE HA SIDO LA QUE PROPUGNA PORQUE LA HIPOTECA DE COSA AJENA CARECE DE VALIDEZ, ES INDISPENSABLE QUE QUIEN LA CONSTITUYA SEA TITULAR DEL INMUEBLE QUE VA A HIPOTECAR. — HIPOTECA DE CUOTA EN BIENES COMUNES E HIPOTECA DEL BIEN COMUN POR UN COMUNERO. — INTERPRETACION Y ALCANCE DE LOS ARTICULOS 779 Y 2442 DEL C. C. — ESTAS NORMAS NO SE REFIEREN UNICAMENTE A LAS COMUNIDADES SINGULARES SINO TAMBIEN A LAS UNIVERSALES. — SALVO ERROR EVIDENTE DE HECHO, LA INTERPRETACION DE LA DEMANDA QUE HACE EL FALLADOR DE INSTANCIA PREVALECE Y NO PUEDE SER VARIADA EN CASACION. — VIOLACION DIRECTA Y VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. — EN QUE CONSISTEN. — TECNICA DEL ERROR DE DERECHO. —EL CAMBIO DE ACCION LE ESTA VEDADO AL JUZGADOR Y SE ENCUENTRA SANCIONADO EN CASACION A TRAVES DE LA CAUSAL 2ª DEL ARTICULO 520 DEL C. J. — LOS ARTICULOS 448 Y 457 DEL C. J. NO SON DE CARACTER SUSTANCIAL Y SOLO TIENEN ENTRADA EN CASACION A TRAVES DE LA CAUSAL 6ª, ESTO ES, CUANDO SE AFIRMA QUE EL PROCESO EN QUE SE DICTO LA SENTENCIA RECURRIDA ADOLECE DE NULIDAD DE PROCEDIMIENTO. — DIFERENCIAS NOTORIAS ENTRE LA REVISION POR JUICIO ORDINARIO DE DETERMINADAS SENTENCIAS DICTADAS EN JUICIO ESPECIAL, CON EL JUICIO ORDINARIO DE NULIDAD DE OTRO PROCESO APOYADO EN LAS CAUSALES 2ª Y 3ª DEL ARTICULO 448 DEL C. J. — EN QUE CONSISTEN Y EFECTOS QUE ESTAS PRODUCEN. — LA NULIDAD ATACA EL PROCESO MISMO, LA REVISION SUS CONSECUENCIAS, O SEA LO RESUELTO EN EL FALLO. — REQUISITOS PARA QUE SEA CONDUCENTE, POR EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO, LA REVISION DE UNA SENTENCIA DICTADA EN JUICIO ESPECIAL DE VENTA DE BIENES HIPOTECADOS. — POR SER DIFERENTES, LA ACCION DE NULIDAD NO PUEDE ESTAR CONTENIDA EN LA DE REVISION, NI CONSTITUIR POR TANTO MINUS PETITIO, COMO PUEDA SUGERISE

1.—Según el artículo 2.443 del Código Civil, la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves, y conforme al artículo 2.349 ibídem no podrá constituír hipoteca sobre sus bienes sino la persona que sea capaz de enajenarlos. De todo lo cual se infiere que es indispensable que quien constituye la hipoteca sea el titular del inmueble que va a hipotecar, de modo que la doctrina predominante ha sido la que propugna porque la hipoteca de cosa ajena carece de validez.

Si constituír el gravamen hipotecario es una de las manifestaciones del derecho de propiedad, como también uno de sus efectos, pues es constituído voluntariamente por el propietario del inmueble en favor de su acreedor, cuando quien hipoteca no es dueño su acto no puede implicar tal manifestación.

La Corte ha dicho a este respecto: "De los principios consagrados en los artículos 2.439 y 2.443 del Código Civil que establecen como requisitos indispensables para la constitución válida de la hipoteca que el constituyente sea dueño del inmueble y que tenga capacidad para su enajenación, establecidos en consideración a que el gravamen hipotecario es un acto de dominio en germen por lo menos de una enajenación, ya que el incumplimiento de la obligación garantiza que el acreedor puede hacer vender el inmueble gravado (artículo 2.448 del Código Civil), se deduce la consecuencia clara de que la hipoteca sobre bien ajeno no está autorizada por la ley y es nula de nulidad absoluta, porque cae bajo la sanción que corresponde

a los contratos a que se refiere el artículo 1.523 del Código Civil, y porque, además, la naturaleza jurídica del contrato hipotecario no tolera su celebración sobre cosa ajena sin consentimiento del dueño...." (G. J. Nº 1936, Pág. 549).

Mas el caso en que el comunero llegue a hipotecar el bien común, no se encuentra regulado por los preceptos anteriores, ya que existen otros de los cuales se deduce la validez de tal clase de hipoteca, la cual apareja consecuencias diversas a la invalidez.

En efecto, el artículo 779 del Código Civil dice: "Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusiavmente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión. Podrá, pues, añadir este tiempo al de su posesión exclusiva y las enajenaciones que haya hecho por sí solo de la cosa común, y los derechos reales conque la haya gravado, subsistirán sobre dicha parte si hubiere sido comprendida en la enajenación o gravamen. Pero si lo enajenado o gravado se extendiere a más, no subsistirá la enajenación o gravamen, contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios" (Se subraya).

Esta norma, pues, expresamente establece la subsistencia de los gravámenes reales constituídos por un comunero sobre la cosa común, siempre que lo que fue objeto del gravamen le corresponda al comunero en la partición, por lo cual si lo gravado se había extendido a más, en esta parte no subsistirá el gravamen, salvo que los adjudicatarios lo acepten en forma expresa y con los requisitos legales. Todo lo cual está indicando que no está sancionada con nulidad absoluta la hipoteca que sobre la cosa común constituye el comunero.

El artículo 2.442 del Código Civil expresa que el comunero puede antes de la división de la cosa común hipotecar su cuota; pero verificada la división, la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se le adjudiquen, si fueren hipotecables, y que si no lo fueren, caducará la hipoteca; pero que podrá subsistir ésta sobre los bienes adjudicados a los otros partícipes si ellos consistieren, en escritura pública.

Esta norma, como la anterior, no se refiere únicamente a las comunidades singulares, pues no excluye las comunidades universales, de modo que siempre se ha entendido que comprende el caso de quien hipoteca bienes de la herencia o de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, antes de la respectiva partición.

2.—Cuando se pretende que es equivocada la interpretación de la demanda debe atacarse por error de hecho, con repercusión en las normas sustanciales consiguientes, pero no por infracción directa de éstas.

La interpretación que de la demanda hace el fallador de instancia prevalece y no puede ser variada en casación, pues queda compredida dentro de su soberana apreciación, salvo error evidente.

3.—La violación indirecta de la norma parte de la base de que el fallador erró de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba, que lo condujo a transgredir cierta disposición sustancial, previo impacto en preceptos probatorios cuando se trata de error de derecho. En cambio, la violación directa tiene efecto cuando hiere la ley misma sin consideración a la prueba de los hechos, es decir, que debe proponerse sobre la base probatoria aceptada por el sentenciador.

4.—Si el error de derecho se produce como consecuencia de una equivocada apreciación de pruebas, viola las disposiciones probatorias por darle al medio un valor diverso al que la ley le asigna, de manera que el recurrente debe indicar en primer lugar el precepto probatorio violado, y luego las normas sustanciales transgredidas como fin.

5.—El cambio de acción le está vedado al juzgador de acuerdo con el último inciso del artículo 471 del Código Judicial, y se encuentra sancionado en casación a través de la causal 2ª del artículo 520 ibídem.

6.—Los artículos 448 y 457 del Código Judicial no tienen carácter sustancial, ya que se limitan a establecer fenómenos procesales cuales son las nulidades propias de todos los procesos. Apenas habrá para qué recordar que tales normas sólo tienen entrada en casación a través de la causal sexta, es decir, cuando se afirma que el proceso en que se dictó la sentencia recurrida adolece de nulidad de procedimiento .

7.—Existen notorias diferencias entre la revisión por juicio ordinario de determinadas sentencias dictadas en juicio especial, con el juicio ordinario de nulidad de otro proceso apoyado en las causales 2ª y 3ª del artículo 448 del C. J.

Según el artículo 473 del Código Judicial, la sentencia ejecutoriada dictada en procesos contenciosos produce efecto de cosa juzgada material. Por excepción, determinadas sentencias proferidas en juicios especiales pueden revisarse por la vía ordinaria, lo que indica que sólo producen efectos de cosa juzgada formal. Dicha revisión la justifican algunos, respecto a las sentencias proferidas en juicios ejecutivos, porque pudiéndose plantear en éstos como defensas o excepciones cualesquiera de los fenómenos que pueden enervar la acción, el procedimiento breve y restringido de los procesos de ejecución no ofrece toda la amplitud para debatir tales extremos.

Si revisar quiere decir rever, esto es, volver a ver, se entiende que la llamada acción de revisión se dirija a volver a debatir en juicio ordiario, por las mismas partes del respectivo proceso especial, lo que fue materia de éste. Cosa distinta es la nulidad de un juicio, sea especial u ordinario, la cual es factible proponer en juicio ordinario separado, siempre que se funde en ilegitimidad de personería o en falta de citación o emplazamiento.

La revisión por juicio ordinario de una sentencia dictada en juicio especial no implica la nulidad de éste, ya que el último fenómeno se origina en defectos procesales, mientras que la revisión presupone el examen de cuestiones sustanciales; la nulidad ataca el proceso mismo, la revisión sus consecuencias, o sea lo resuelto en el fallo; la nulidad deja sin efectos el juicio respectivo desde que la causal apareció, pero nada decide sobre las declaraciones del fallo, las que habrán de ser objeto de nueva sentencia; la revisión deja definitivamente la cuestión resuelta, sin que sea admisible posterior discusión sobre ella.

8.—La doctrina, con base en el artículo 1.197 del Código Judicial, relacionado con el 1.030 ibídem, ha admitido que la sentencia en juicio de venta sea revisable por el procedimiento ordinario, ya que se trata de una especie de juicio ejecutivo. Más para que la revisión proceda se hace necesario que la pida quien fue parte en el juicio revisado y que al proceso de revisión se citen a todos los que en él figuraron en tal carácter.

9.—Siendo la revisión y la nulidad dos acciones diferentes, mal podría la segunda estar contenida en la primera, ni constituir por tanto minus petitio de ella, como pueda sugerirse. Para que este fenómeno suceda es menester que se pruebe parte del derecho invocado, pero no otros derechos, pues en este caso se trataría de un cambio de acción.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 4 de mayo de 1956, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por María Tonny Galvis de Mantilla, Teresa y Mary Judith Galvis Llano frente a Augusto Rocha Gutiérrez y a Isabel Llano viuda de Galvis.

ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá las mencionadas señoras demandaron a los indicados Rocha Gutiérrez y Llano de Galvis para que se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que es nula, de nulidad absoluta, la hipoteca que Isabel Llano viuda de Galvis constituyó a favor de Augusto Rocha G. por escritura número 2.093 de 2 de diciembre de 1949 de la Notaría Quinta de Bogotá sobre el inmueble número 14-71 de la calle 60 de esta ciudad, delimitado en la forma que allí se expresa; b) Que consecuencialmente se ordene la cancelación de la inscripción de la hipoteca en la Oficina de Registro respectiva; c) Que se revise la sentencia proferida el 6 de julio de 1951 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá en el juicio especial de venta de bienes hipotecados seguido por Augusto Rocha Gutiérrez contra Isabel Llano viuda de Galvis, que decretó la venta en pública subasta de la casa antes referida; d) Que, como consecuencia de la revisión pedida, el inmueble objeto de la sentencia y de la hipoteca, en consi-

deración a la nulidad de ésta, pertenece a la sucesión de Luis María Galvis Rodríguez en la parte que no fue adjudicada en su mortuoria, y en la que lo fue, pertenece en proindiviso a las demandantes y a los menores Fernando y Doris Stella Chamás G.; e) Que como resultado de la revisión y particularmente de la súplica anterior, no debe efectuarse el remate o la adjudicación subsidiaria decretada en el fallo revisado. Y que para el evento en que una u otra cosa se hubiera verificado, debe decretarse la nulidad o rescisión de la venta o de la adjudicación y la cancelación de su inscripción.

Las afirmaciones que sustentan las peticiones indicadas, se resumen así:

1. Durante el matrimonio de Luis María Galvis R. con Isabel Llano de Galvis ésta adquirió a título oneroso la casa que es materia de la litis, pues fue comprada por escritura número 2.974 de 29 de octubre de 1942 de la Notaría Segunda de Bogotá.

2. El 30 de octubre de 1947 falleció Luis María Galvis Rodríguez, se disolvió la sociedad conyugal y por tanto entró en liquidación.

3. No obstante lo anterior, el 2 de diciembre de 1949, Isabel Llano viuda de Galvis hipotecó, para seguridad de un crédito de $ 16.000.00, el inmueble referido a Augusto Rocha Gutiérrez.

4. En el juicio de sucesión de Luis M. Galvis, se inventarió la casa en cuestión, lo mismo que el crédito a favor de Augusto Rocha Gutiérrez a que se ha aludido.

5. En el mismo juicio se adjudicó la casa a Isabel Llano de Galvis, parte como gananciales y como herencia, y parte para pagar el crédito hipotecario por ella contraído, así como a las demandantes y a los menores Fernando y Doris Stella Chamás Galvis, en la proporción que allí aparece.

6. Con base en el citado crédito hipotecario, Augusto Rocha Gutiérrez intentó contra Isabel Llano de Galvis el juicio de venta de la cosa hipotecada, y en tal proceso se dictó sentencia que decretó aquélla y consecuencialmente el avalúo de la casa.

7. La sentencia quedó ejecutoriada y se ha señalado por dos veces fecha para el remate.

El demandado Rocha Gutiérrez se opuso y adujo como excepción el hecho de que los demandantes hubieran aceptado el crédito hipotecario a su favor, ya que lo incluyeron en la sucesión de Luis María Galvis Rodríguez. La demandada Llano de Galvis dice aceptar la demanda en parte, pues hallándose ilíquida la sociedad que tuvo con su marido, la viuda, o sea ella, no podía gravar un bien social por afectar los intereses de los herederos, a los cuales por ende acompaña el derecho a las solicitudes respectivas.

El Juzgado le puso fin a la primera instancia por sentencia de 13 de septiembre de 1954 que negó todas las declaraciones pedidas en la demanda, e impuso las costas a la parte actora. Apelada por ésta, el Tribunal la confirmó, con costas para el recurrente.

La sentencia recurrida.

El Tribunal niega la acción civil de nulidad de la hipoteca, después de interpretar la demanda en el sentido de que tal nulidad fue solicitada y de que no se pidió la caducidad del gravamen, prevista en el artículo 2.442 del Código Civil, en cuanto a las demandantes concierne.

Para concluír negativamente sobre la eficacia de la pretensión referida, la sentencia estima que no se trata de hipoteca de cosa ajena, sancionada por el artículo 6º del Código Civil ante la exigencia del artículo 2.443 **ibídem,** pues dicho fenómeno ocurre cuando el constituyente carece de todo derecho en el bien gravado, sino de la hipoteca de un bien por persona que en él tenía derechos de comunero, derivados del fallecimiento del marido de la hipotecante, por lo cual el punto se gobierna por los artículos 779, 1.401 y 2.442 del Código Civil. Al efecto expresa el fallo: "Cuando se trata de una comunidad universal, como en el caso de una sucesión o en el de una sociedad conyugal ilíquida, la hipoteca de la cuota correspondiente al comunero, carece de valor, porque esa cuota o derecho no es hipotecable. Pero si el comunero hipoteca alguno o algunos de los bienes inmuebles comprendidos en la comunidad, el gravamen hipotecario constituído en ellos no es nulo, pero la eficacia de él está sometida a que el bien o los bienes hipotecados se le adjudiquen al constituyente. En caso de que así no ocurriere ,la hipoteca caducará, a menos que los partícipes de las cosas gravadas consientan en el gravamen y expresen este consentimiento en escritura pública de que se tome nota en el registro en la forma expresada".

Respecto a la pretensión de revisión de la sentencia del juicio de venta de cosa hipotecada, el sentenciador luégo de precisar su causa, que es la misma propuesta para la acción anterior, considera que no puede ahondar en tal revisión, en virtud de que no se adujeron todas las piezas del

proceso especial, ya que las que figuran en autos fueron copiadas o se relacionan en diligencia de inspección ocular, medio de prueba que no es idóneo para acreditarlas. De paso anota que ni siquiera la totalidad del fallo materia de revisión fue allegada en copia.

El recurso.

Dentro de la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial se formulan dos cargos contra la sentencia, que se examinarán por separado.

1º Violación, por falta de aplicación, de los artículos 779, 2.438, 2.441 y 2.443, en relación con el artículo 30, todos del C. C. y de los artículos 1.401 y 2.442 de la misma obra, por interpretación errónea.

Las violaciones expresadas se explican así:

La hipoteca que constituye un comunero sobre la cosa común es una hipoteca bajo condición suspensiva, ya que sólo subsiste, realizada la partición, sobre los inmuebels que en razón de ella se adjudiquen al hipotecante, por lo cual queda sin valor respecto a aquéllos que no le fueren adjudicados. La señora Isabel Llano de Galvis no se limitó a hipotecar su cuota en el bien hipotecado, a pesar de que la hipoteca se hizo cuando la sociedad conyugal con Luis M. Galvis estaba disuelta por el fallecimiento de éste y no se había liquidado, como tampoco la sucesión de tal señor. Luego se trata de hipoteca de cosa ajena y por tanto nula en relación con las cuotas del inmueble que fueron adjudicadas a los demás condueños, aunque válida en la parte del bien que se adjudicó en la partición a la hipotecante.

Lo anterior, según el recurrente, concuerda con el artículo 2.438 del Código Civil que autoriza la constitución de hipoteca bajo condición suspensiva, el que sinembargo añade que si no se cumple la condición carece de validez. Además, se acompasa al artículo 2.441 que permite que hipoteque quien solo tiene sobre el bien un derecho eventual, pero agrega que en tal supuesto se entiende que el gravamen se hace con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el bien.

Deduce de lo expuesto el recurrente, que como en el momento de hipotecar la señora Isabel Llano de Galvis tenía apenas un derecho proindiviso sobre el inmueble respectivo, éste era un derecho eventual, o sea dependiente de la parte que le fuera adjudicada en la partición. Y que como el artículo 2.442 **ibídem** expresa que la hipoteca subsiste en aquello que se adjudique a otros comuneros si éstos la consienten expresamente, no habiéndola aceptado los restantes adjudicatarios de la casa, entre los cuales además había menores que carecían de facultad para hacerlo por sí mismos, no es admisible sostener, como lo hizo la sentencia, que la circunstancia de haberse incluído el crédito a favor de Augusto Rocha en la sucesión de Luis María Galvis implique tal consenso, máxime cuando obrando el crédito en título ejecutivo, debía inventariarse aun contra la voluntad de los herederos.

Por tanto, dice el impugnador, que la hipoteca es válida solo hasta la suma de $ 22.257.22, monto de la cuota de la hipotecante en la casa hipotecada dentro del juicio de sucesión mencionado, y nula en lo demás, o sea en lo que falta para completar $ 38.500.00 que fue el valor del inmueble total en el mismo juicio, sin que se oponga a ello que se hubiera pedido la nulidad total, pues esto indica apenas que hubo **plus petitio** en el actor.

Mas el Tribunal, continúa el recurrente, consideró que el fenómeno no era de nulidad, sino de caducidad, apesar de que ésta equivale a la inexistencia, que en última se confunde con la nulidad absoluta en nuestro derecho, pues caducar es perder el vigor, extinguirse o acabarse un derecho.

Por otro lado, sostiene la demanda de casación que la sentencia aplicó los artículos 779 y 1.401 del Código Civil que gobiernan una situación distinta, o sea la referente a la venta de cosa ajena, y además no tuvo en cuenta que en Colombia conforme al segundo de tales preceptos la partición produce efecto declarativo, por lo cual el asignatario recibe el bien que le corresponde por dicho acto sin gravamen alguno.

2º El segundo cargo se descompone en dos aspectos que son:

a) Si se entiende que el planteamiento del primer cargo no implica violación directa, hubo violación indirecta de las mismas disposiciones sustanciales derivada de la apreciación errónea de la escritura que contiene el contrato de hipoteca y de las cartillas de adjudicación del inmueble hipotecado en la sucesión de Luis M. Galvis, lo que configura error de derecho.

Además, dejó de apreciar el fallador el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá que obra en autos y donde aparece la adjudicación que se hizo a la señora Isabel Llano de Galvis de determinada cuota en el inmueble objeto de esta litis en la sucesión de su marido, lo cual origina un error evidente de hecho.

b) Apreciación errónea de las copias allegadas al proceso en la inspección ocular practicada en la primera instancia y que contienen la actuación en el juicio de venta seguido por Augusto Rocha G. contra Isabel Llano de Galvis, así como del contenido total de tal diligencia, que determinó error de derecho con violación consiguiente de las normas sustanciales citadas en el primer cargo.

Por último presenta esta nueva faz:

Para la prosperidad de la acción de revisión bastaba verificar que al juicio no fueron citados todos los adjudicatarios y poseedores del inmueble hipotecado, como resulta del punto Cuarto de la inspección ocular referida. Que no habiéndose llamado a tal juicio a los coasignatarios Chamás Galvis y Galvis Llano, los últimos demandantes en el presente proceso, la nulidad del juicio de venta es evidente, de conformidad con los artículos 448, numeral 3º y 457 del Código Judicial. Y añade: "Pero como no se solicitó la nulidad del premencionado juicio de venta, sino la revisión de la sentencia en él proferida para que se le declare inválida, hubo una **minus petitio,** lo que vale decir que la invalidez o nulidad de tal sentencia no puede negarse, como lo hizo el Tribunal, con violación de los derechos de los partícipes no hipotecantes...".

De tal razonamiento deduce transgresión de las premencionadas normas del C. J.

Consideraciones de la Corte.

Respecto al primer cargo, se observa:

Según el artículo 2.443 del Código Civil, la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves, y conforme al artículo 2.349 **ibídem** no podrá constituír hipoteca sobre sus bienes sino la persona que sea capaz de enajenarlos. De todo lo cual se infiere que es indispensable que quien constituye la hipoteca sea el titular del inmueble que va a hipotecar, de modo que la doctrina predominante ha sido la que propugna porque la hipoteca de cosa ajena carece de validez.

Si constituír el gravamen hipotecario es una de las manifestaciones del derecho de propiedad, como también uno de sus efectos, pues es constituído voluntariamente por el propietario del inmueble en favor de su acreedor, cuando quien hipoteca no es dueño su acto no puede implicar tal manifestación.

La Corte ha dicho a este respecto: "De los principios consagrados en los artículos 2.439 y 2.443 del Código Civil que establecen como requisitos indispensables para la constitución válida de la hipoteca que el constituyente sea dueño del inmueble y que tenga capacidad para su enajenación, establecidos en consideración a que el gravamen hipotecario es un acto de dominio en germen por lo menos de una enajenación, ya que el incumplimiento de la obligación garantiza que el acreedor puede hacer vender el inmueble gravado (artículo 2.448 del Código Civil), se deduce la consecuencia clara de que la hipoteca sobre bien ajeno no está autorizada por la ley y es nula de nulidad absoluta, porque cae bajo la sanción que corresponde a los contratos a que se refiere el artículo 1.523 del Código Civil, y porque, además, la naturaleza jurídica del contrato hipotecario no tolera su celebración sobre cosa ajena sin consentimiento del dueño...". (G. J. Nº 1.936, Pág. 549).

Mas el caso en que el comunero llegue a hipotecar el bien común, no se encuentra regulado por los preceptos anteriores, ya que existen otros de los cuales se deduce la validez de tal clase de hipoteca, la cual apareja consecuencias diversas a la invalidez.

En efecto, el artículo 779 del Código Civil dice: "Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión. Podrá, pues, añadir este tiempo al de su posesión exclusiva y las enajenaciones que haya hecho por sí solo de la cosa común, **y los derechos reales con que la haya gravado,** subsistirán sobre dicha parte si hubiere sido comprendida en la enajenación o **gravamen.** Pero si lo enajenado o **gravado** se extendiere a más, no subsistirá la enajenación o **gravamen,** contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios" (Se subraya).

Esta norma, pues, expresamente establece la subsistencia de los gravámenes reales constituídos por un comunero sobre la cosa común, siempre que lo que fue objeto del gravamen le corresponda al comunero en la partición, por lo cual si lo gravado se había extendido a más, en esta parte no subsistirá el gravamen, salvo que los adjudicatarios lo acepten en forma expresa y con los requisitos legales. Todo lo cual está indicando que no está sancionada con nulidad absoluta la hipoteca que sobre la cosa común constituya el comunero.

El artículo 2.442 del Código Civil expresa que

el comunero puede antes de la división de la cosa común hipotecar su cuota; pero verificada la división, la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se le adjudique, si fueren hipotecables, y que si no lo fueren, caducará la hipoteca; pero que podrá subsistir ésta sobre los bienes adjudicados a los otros partícipes si ellos la consintieren, en escritura pública.

Esta norma, como la anterior, no se refiere únicamente a las comunidades singulares, pues no excluye las comunidades universales, de modo que siempre se ha entendido que comprende el caso de quien hipoteca bienes de la herencia o de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, antes de la respectiva partición. La Corte ha expresado: "...el heredero sí puede gravar con hipoteca uno o varios inmuebles determinados de la sucesión ilíquida, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 779, 1.401 y 2.442 del Código Civil, hipoteca que como es obvio queda sometida a la condición de que el inmueble o inmuebles gravados por el heredero se le adjudiquen a éste en la respectiva partición" (G. J. 2.146, Pág. 520).

Y en otra ocasión expuso: "La hipoteca anterior a la partición puede tener a su turno la plena validez correspondiente a que lo hipotecado se adjudique al hipotecante, o puede, por adjudicarse a persona o personas distintas, carecer de valor, al punto de no tenerlo sino en cuanto el consentimiento de los adjudicatarios se lo confiera" (G. J. 1.938, página 73). Por último, la misma corporación dice: "En principio no existe nulidad por concepto de la cosa ajena o a **non domino** en la hipoteca de cualquier extensión que un comunero constituye sobre el inmueble común. La suerte de este gravamen no puede determinarse mientras no cese el condominio por la partición correspondiente a cuyos resultados, según expresan disposiciones del Código, queda completamente subordinada" (LIII, 73).

Si se tiene en cuenta que la demanda del juicio solicita expresamente que se declare la nulidad absoluta de la hipoteca constituída por Isabel Llano viuda de Galvis a favor de Augusto Rocha Gutiérrez, mediante escritura número 2.093 de 1949 de la Notaría Quinta de Bogotá, y asigna como causa de esta petición la de que en esa fecha la hipotecante no era dueña de la cosa hipotecada, pues aunque la había comprado en 1942, por haber fallecido el marido en 1947 dicho bien pertenecía a sazón a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, necesariamente debe concluírse que fue la acción de nulidad absoluta basada en hipoteca de cosa ajena la base del presente negocio.

Y como no existe nulidad de ninguna clase en la mencionada operación, es claro que el Tribunal no infringió el artículo 779 del Código Civil, ni los artículos 2.438 y 2.441 de la misma obra, los cuales gobiernan situaciones diversas, pues no se trata de hipoteca constituída bajo condición suspensiva, ni de que la constituyente tuviera un derecho eventual, limitado o rescindible sobre el bien hipotecado. Simplemente aquella gravó un bien que no le pertenecía como cuerpo cierto, pero sobre el cual poseía derechos en común.

La transgresión del artículo 2.443, tampoco se presenta, porque no se está ante el caso de hipoteca de cosa ajena, el que tiene lugar cuando el constituyente no posee ningún derecho en la cosa hipotecada, de modo que el evento del comunero que hipoteca el bien común no queda comprendido en la prohibición implícita que trae la norma mencionada.

Por último, la referencia que hace la sentencia a los artículos 1.401 y 2.442 del Código Civil no quiere decir que éstas hayan sido las normas que exclusivamente se hicieron actuar ,sino que de su texto y doctrina, combinados con el precepto del artículo 779, se deduce que la eficacia de la hipoteca del comunero sobre la cosa común queda sujeta a que se le adjudique ésta en la partición, y si así no ocurre, para la subsistencia del gravamen se requiere la aquiescencia de los adjudicatarios expresada en escritura pública. De modo que no se trata de que la litis se hubiera fallado aplicando normas sobre venta de cosa ajena, ni sobre hipóteca de cuota, sino que, en consideración a las relaciones íntimas de tales disposiciones con el caso del artículo últimamente citado, se citaron aquéllas en la forma y con las proyecciones dichas.

Y si fue la acción de nulidad absoluta de la hipoteca la propuesta, no se explica que el recurrente critique al Tribunal por no haberla variado, que en últimas es el fundamento central del cargo que se analiza, pues en éste se afirma que la hipoteca es válida hasta el monto de la cuota que en el inmueble común le correspondió a la hipotecante, e inválida en lo demás, de donde se deduce que el demandante pidió más de lo que tenía derecho, por lo cual la sentencia le ha debido reconocer aquello que logró probar.

No se instauró, pues, la acción de caducidad de la hipoteca en la parte de la casa que correspondió a adjudicatarios diversos de quien hipotecó,

acción autorizada por el artículo 2.442 del Código Civil, aplicable por analogía en el caso del 779 de la misma obra. Luego, si tal pretensión es diferente de la nulidad, no se trataba de la **plus petitio** regulado en el artículo 210 del Código Judicial, que se refiere a diversa magnitud de un mismo derecho, sino a un verdadero cambio de acción, lo cual le está vedado al juzgador de acuerdo con el último inciso del artículo 471, del Código Judicial, y se encuentra sancionado en casación a través de la causal 2ª del artículo 520 **ibídem.**

Con fundamento en el texto de la demanda, el Tribunal no necesitó interpretar esta para encontrar que se pidió la nulidad de la hipoteca y no la caducidad de ella. Pero suponiendo que a tal conclusión hubiera llegado a través de una labor de interpretación, es evidente que el cargo se hallaría defectuosamente formulado, porque cuando se pretende que es equivocada la interpretación de la demanda debe atacarse por error de hecho, con repercusión en las normas sustanciales consiguientes, pero no por infracción directa de éstas.

Mas en la hipótesis de que pudiera penetrarse en el estudio de la acusación, sucedería que la interpretación del fallador de instancia prevalece y no puede ser variada en casación, pues queda comprendida dentro de su soberana apreciación, salvo error evidente, que en este caso no se ha demostrado.

Las razones expuestas sirven también para desechar el primer aspecto del segundo cargo, que se funda en iguales motivos que el primero, no sin advertir que aparece reñido con la técnica de casación.

En efecto, la violación indirecta de la norma parte de la base de que el fallador erró de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba, que lo condujo a transgredir cierta disposición sustancial, previo impacto en preceptos probatarios cuando se trata de error de derecho. En cambio, la violación directa tiene efecto cuando hiere la ley misma, sin consideración a la prueba de los hechos, es decir, que debe proponerse sobre la base probatoria aceptada por el sentenciador.

En este caso, el Tribunal no apreció erróneamente el contrato de hipoteca, ni las hijuelas de los adjudicatarios en la sucesión de Luis M. Galvis, ni desconoció el certificado del Registrador en que aparece que a Isabel Llano de Galvis se adjudicó en la sucesión de su marido determinada cuota en el inmueble hipotecado, sino que con fundamento en tales pruebas aplicó las disposiciones sustanciales vistas, punto en que discrepa el recurrente, por lo cual la faz ceñida a la técnica es la presentada en el primer cargo.

No sobra agregar que el error de derecho por falsa apreciación de dichos medios probatorios tampoco podría considerarse, porque el recurrente no citó la disposición sobre pruebas que en su concepto fue violada, lo cual es indispensable, como lo ha repetido la Corte. Si el error de derecho se produce como consecuencia de una equivocada apreciación de pruebas, viola las disposiciones probatorias por darle al medio un valor diverso al que la ley le asigna, de manera que el recurrente debe indicar en primer lugar el precepto probatorio violado, y luego las normas sustanciales transgredidas como fin.

* * *

El segundo aspecto del segundo cargo no puede considerarse, porque se aparta de los principios que gobiernan la casación ya que se alega error de derecho en la apreciación de las copias del juicio de venta seguido por Augusto Rocha contra Isabel Llano Galvis, pero no se señala el precepto probatorio transgredido, requisito que es fundamental, conforme quedó explicado antes.

Pero suponiendo que fuera posible examinar el aspecto aludido, sucede que no se trajo al expediente copia de la sentencia materia de la revisión, pues sólo existe una referencia a ella hecha en la inspección ocular practicada en la primera instancia. Y es elemental que para poder analizar la acción de revisión se requiere, por lo menos, la transcripción completa de la sentencia y su notificación.

Y la última faz del cargo es inadmisible, como pasa a demostrarse. La demanda contiene la petición de revisar la sentencia dictada en el mencionado juicio especial de venta. Como fundamentos de la revisión no se encuentran otros distintos de los aducidos para respaldar la acción de nulidad de la hipoteca. En realidad, el único hecho de la demanda que tiene conexión directa con la solicitud de revisión es el 13 que dice: "Tanto la demandada como los menores Chamás Galvis pusieron en conocimiento del Juzgado la nulidad absoluta de que adolecía la hipoteca, base del juicio, así como también que la finca por rematar no era de la exclusiva propiedad de la señora Llano de Galvis, pero no prosperaron es-

tos medios defensivos". Por tal razón, acertó el Tribunal cuando consideró que los motivos propuestos para la revisión eran los mismos alegados para la nulidad absoluta del contrato hipotecario.

Así las cosas, no se incluyó como causal de revisión la que por primera vez ante la Corte aduce el recurrente, o sea no haberse llamado al juicio de venta a los coasignatarios del inmueble Chamás Galvis y Galvis Llano, por lo cual éste es un aspecto que quedó fuera de la litis, y un medio nuevo, y por tal razón el cargo no podría prosperar.

Pero suponiendo que el cargo fuera viable, resultaría que las disposiciones que se mencionan como violadas no tienen carácter sustancial, ya que se limitan a establecer fenómenos procesales cuales son las nulidades propias de todos los procesos.

Apenas habrá para que recordar que tales normas sólo tienen entrada en casación a través de la causal Sexta, es decir, cuando se afirma que el proceso en que se dictó la sentencia recurrida adolece de nulidades de procedimiento.

Y en cuanto a que a pesar de haberse pedido la revisión del juicio de venta y no su nulidad, la sentencia ha debido declarar la última que constituye **minus petitio** con relación a la primera, es punto que carece de asidero legal, pues a más de que el Juez no puede variar la acción intentada, existen notorias diferencias entre la revisión por juicio ordinario de determinadas sentencias dictadas en juicio especial, con el juicio ordinario de nulidad de otro proceso apoyado en las causales 2ª y 3ª del artículo 448 del C. J.

Según el artículo 473 de la misma obra, la sentencia ejecutoriada dictada en procesos contenciosos produce efecto de cosa juzgada material. Por excepción, determinadas sentencias proferidas en juicios especiales pueden revisarse por la vía ordinaria, lo que indica que sólo producen efectos de cosa juzgada formal. Dicha revisión la justifican algunos, respecto a las sentencias proferidas en juicios ejecutivos, porque pudiéndose plantear en éstos como defensas o excepciones cualesquiera de los fenómenos que pueden enervar la acción, el procedimiento breve y restringido de los procesos de ejecución no ofrece toda la amplitud para debatir tales extremos.

Si revisar quiere decir rever, esto es, volver a ver, se entiende que la llamada acción de revisión se dirija a volver a debatir en juicio ordinario, por las mismas partes del respectivo proceso especial, lo que fue materia de éste. Cosa distinta de la nulidad de un juicio, sea especial u ordinario, la cual es factible proponer en juicio ordinario separado, siempre que se funde en ilegitimidad de personería o en falta de citación o emplazamiento. En este caso, se pretende la declaración de invalidez de un proceso anterior por los motivos indicados, debate que desde luego sólo debe instaurarse con la presencia de quienes fueron parte en el juicio que se tilda de nulo.

La revisión por juicio ordinario de una sentencia dictada en juicio especial no implica la nulidad de éste, ya que el último fenómeno se origina en defectos procesales, mientras que la revisión presupone el examen de cuestiones sustanciales: la nulidad ataca el proceso mismo, la revisión sus consecuencias, o sea lo resuelto en el fallo; la nulidad deja sin efectos el juicio respectivo desde que la causal apareció, pero nada decide sobre las declaraciones del fallo, las que habrán de ser objeto de nueva sentencia; la revisión deja definitivamente la cuestión resuelta, sin que sea admisible posterior discusión sobre ella.

La doctrina, con base en el artículo 1.197 del Código Judicial, relacionado con el 1.030 **ibídem**, ha admitido que la sentencia en juicio de venta sea revisable por el procedimiento ordinario, ya que se trata de una especie de juicio ejecutivo. Mas para que la revisión proceda se hace necesario que la pida quien fue parte en el juicio revisado, y que al proceso de revisión se cite a todos los que en él figuraron en tal carácter, anotándose de paso que en el presente asunto hacen uso de dicha acción quienes no figuraron como demandantes ni como demandados en el juicio de venta, pero este aspecto no ha sido materia del recurso.

De todo lo dicho se desprende que siendo la revisión y la nulidad dos acciones diferentes, mal podía la segunda estar contenida en la primera, ni constituír por tanto **minus petitio** de ella, como lo sugiere el recurrente. Para que este fenómeno suceda es menester que se pruebe parte del derecho invocado, pero no otros derechos, pues en este caso se trataría de un cambio de acción.

Lo dicho basta para rechazar el cargo.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ,Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el cuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. José Hernández Arbeláez—Gustavo Salazar Tapiero — Manuel Cubides Romero, Conjuez.—**Julio Pardo Dávila,** Conjuez.—**Jorge Soto Soto,** Secretario.

TECNICA DEL ERROR DE DERECHO. — CATEGORIA O FUERZA DE LA PRUEBA QUE DEBE APORTARSE CUANDO LA ACCION SIMULATORIA LA EJERCITA UNA DE LAS PARTES QUE CELEBRARON EL ACTO O CONTRATO APARENTE Y ESTE SE HIZO CONSTAR POR ESCRITO. — PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO. — SU DEFINICION. — REQUISITOS QUE DEBE REUNIR UNA DILIGENCIA DE ABSOLUCION DE POSICIONES EN QUE EL ABSOLVENTE CONFIESA HECHOS RELACIONADOS CON EL ACTO O CONTRATO LITIGIOSO, PARA QUE SE LA PUEDA TENER COMO PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO. — EL ARTICULO 93 DE LA LEY 153 DE 1887, NO ES NORMA SUSTANCIAL. — AL JUZGADOR DE INSTANCIA, CORRESPONDE LA VALORACION DE LA PRUEBA DE INDICIOS. — CONDICIONES PARA QUE AQUELLA PUEDA SER CENSURABLE EN CASACION. NO ES POSIBLE HABLAR DE "CONFESION ABSOLUTORIA", PORQUE LOS DOS TERMINOS SON CONTRADICTORIOS

1.—Cuando se acusa en casación un fallo con base en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, por error de derecho, el recurrente debe fijar claramente la pueba que estime mal valorada, la contravención a la norma que establece ese medio de prueba, bien porque se le diera un mérito distinto del fijado por el legislador o bien porque habiéndole dado el exacto valor probatorio no cumple las condiciones o está fuera de los requisitos que la ley exige para que se le asigne ese mérito; y también que por virtud de la infracción de la norma probatoria, que se denomina violación-medio, el sentenciador haya quebrantado una ley sustancial con incidencia sobre la parte resolutiva del fallo.

2.—En forma repetida ha dicho la Corte que cuando la acción simulatoria la ejercita una de las partes que celebraron el acto o contrato aparente y éste se hizo constar por escrito, la prueba que debe aportar el actor tiene que ser de igual categoría o fuerza al documento en que conste el acto o contrato que se pretende desvirtuar, y que no puede ser otra que el documento oculto, o la confesión del obligado, o un principio de prueba por escrito completada con cualquier otro medio probatorio. Esta doctrina tiene su fundamento en los artículos 1.759 y 1.766 del Código Civil y 91, inciso 2º, de la Ley 153 de 1887.

3.—El artículo 93 de la Ley 153 de 1887 dice que principio de prueba por escrito es "un acto escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso" y en interpretación de esta norma está dicho que para que a un documento se le atribuya el mérito de tal debe reunir estos elementos: que exista el escrito, que tiene que ser diferente del acto o contrato mismo que se pretende establecer o desvirtuar; que emane de la persona a quien se opone o de su representante; y que del escrito se desprenda la verosimilitud del hecho litigioso. (G. J., Tomo LXIV, páginas 394, 395; Tomo LXXII, página 117).

Es indudable que una diligencia de absolución de posiciones en que el absolvente confiesa hechos relacionados con el acto o contrato litigioso se le puede tener como principio de prueba por escrito, porque reune los requisitos anteriores. Además, la ley se refiere a todo acto o contrato escrito del demandado —y las posiciones encajan dentro de esta definición—, sin limitación en cuanto al tiempo, por lo que puede ser posterior al documento que se pretende evidenciar o desvirtuar.

El expositor Carlos Lessona, a quien el legislador colombiano siguió muy de cerca al redactar el actual Código Judicial en lo pertinente, define así el principio de prueba por escrito: "La demostración de la verosimilitud de un hecho deducido de toda clase de escrito, sea cual fuere la forma y el fin para que hubiese sido redactado". Y al tratar sobre la diligencia de absolución de po-

siciones, dice: "El interrogado goza de cierta libertad para responder, pudiendo hacer, en los límites de las preguntas, todas las declaraciones que crea oportunas, y dar respuestas amplias y circunstanciadas. En efecto: si doble es el objeto de la prueba por interrogatorio (obtener la confesión de la parte contraria y procurarse con las respuestas un principio de prueba escrita), **los dos se frustrarían si se obligase al interrogado a limitar sus respuestas a la sola admisión o a la sola denegación del hecho presentado; entonces, mientras sería poco probable obtener una confesión de quien no puede con declaraciones modificar los efectos, sería además difícil encontrar en respuestas tan circunscritas las contradicciones,** las **reticencias o las semiconfesiones que** todos los días sirven para producir un principio de prueba escrita al interrogante". **(Teoría General de la prueba en Derecho Civil, Tomo I, página 553 y Tomo III, pág. 451.—Los subrayados son de la Sala).**

4.—Es conveniente advertir que el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, no es norma sustancial, ya que se limita a establecer una excepción al principio de inadmisibilidad de la prueba testimonial, que establece el artículo 91 de la misma ley.

5.—La valoración de la prueba de indicios corresponde al juzgador de instancia, sin que sea censurable en casación, a menos que se pruebe que el hecho o hechos en que se apoya no están establecidos, o que se deduzcan de los hechos consecuencias que no guarden relación con ellos, o que se prescinda de los que aparezcan plenamente establecidos, y que, de haberlos tomado en consideración, la conclusión habría sido diferente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Salazar).

ANTECEDENTES:

1. Marco A. Canencio Q. demandó a Ricardo Quirá T. ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Popayán para que mediante el trámite de un juicio ordinario se declare que es simulado parcialmente el contrato de compraventa contenido en la escriutra número 595 de 13 de mayo de 1954 de la Notaría Primera de Popayán, por el que Canencio aparece vendiendo a Quirá la mitad de un predio rural que hizo parte de la hacienda "Piedra de León", situada en jurisdicción del municipio de Sotará, predio alinderado como allí se relaciona; y que como consecuencia de esta declaración se diga que el comprador no adquirió la propiedad del inmueble a que la escritura se refiere, la cual continúa en cabeza del vendedor y que aquél lo debe restituír a éste.

2. Como hechos sustentadores de la acción el demandante adujo, en síntesis, los siguientes:

a) Al otorgar la escritura número 595 ni vendedor ni comprador tuvieron intención de transferir ni de adquirir el dominio del bien objeto del contrato, pues "ambos habían convenido en que ese negocio fuera simulado o mejor dicho que se trataba de una escritura de confianza".

b) Aun cuando en la escritura se dijo que Quirá había pagado quince mil pesos a Canencio como precio de la venta, ello no es exacto, ya que ningún precio pagó, entre otras razones porque el comprador es persona paupérrima, a quien le remataron su casa de habitación por no haber podido atender al cumplimiento de una obligación personal.

c) Canencio, después de otorgada la escritura 595, continuó con la posesión material del inmueble, que dijo vender, explotándolo económicamente, sin pedirle permiso a nadie y sin que mediara contrato de arrendamiento o de cualquiera otra clase con Quirá; ha seguido pagando todos los impuestos que lo gravan y denunciándolo como bien propio en su declaración de renta y patrimonio, sin que el comprador le haya exigido la entrega y, antes le ha manifestado ante diversas personas que "cuando quiera le devuelve la escritura que le otorgó de confianza".

d) Por último, en la misma escritura 595 figura como compradora de la otra mitad de la finca Aura María Collazos, también en forma supuesta, pero ella sí otorgó la número 341 de 3 de abril de 1956 en que declara que la compraventa que aparece en la escritura primeramente citada es simulada y que el dueño del inmueble es Canencio.

3. Se opuso a las pretensiones del actor el demandado, negó ser ciertos los hechos, a excepción del relacionado con el otorgamiento de la escritura 595 y adelantó concepto sobre la prueba

que se debe aportar cuando se trata de probar contratos simulados entre las partes.

4. El Juzgado del conocimiento, por sentencia de 19 de diciembre de 1956, resolvió favorablemente las peticiones sobre la acción simulatoria propuesta, porque estimó que aparecía evidenciada la simulación con la prueba de confesión extrajudicial de Quirá hecha ante varios declarantes, y también por una serie de indicios que la establecían plenamente. Negó la súplica relacionada con la entrega del inmueble, por cuanto la posesión la tenía el propio demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

Interpuso recurso de apelación la parte demandada, que resolvió el Tribunal Superior de Popayán por sentencia de doce de noviembre de 1957, en que confirma la de primer grado.

Consideró el Tribunal que no fue acertado el fundamento que le puso el Juzgado al fallo al dar por probada la simulación, con base en la confesión extrajudicial que resultaba de la prueba de testigos, pues de aceptarse tal tesis se burlaría la prohibición contenida en los artículos 1.767 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887.

Estimó, en cambio, que de la diligencia de absolución de posiciones por el demandado aparecía un principio de prueba por escrito de que el contrato contenido en la escritura 595 era simulado, que complementada con una serie de indicios establecidos de manera plena, evidenciaban la realidad de la simulación de la compraventa.

Dijo así el Tribunal: "Resumiendo el contenido del documento de que se viene hablando o sea del que contiene la absolución de posiciones del demandado Quirá T., tenemos que en dicho escrito éste, no obstante negar la simulación, admite o confiesa los siguientes hechos: Que tiene amistad íntima con el demandante Canencio; que cuando efectuó la compra carecía de medios económicos puesto que en esa misma época tuvo que vender el único bien patrimonial que poseía o sea su casa de habitación; que el demandado Quirá no ha denunciado el inmueble materia de esta controversia como bien patrimonial suyo a la Administración de Hacienda Nacional del Cauca, siendo obvio que debió hacerlo si la compra hubiera sido auténtica y no ficticia; que el demandante Canencio y no Quirá T. ha seguido pagando los impuestos de patrimonio y predial, etc. que pesan sobre tal inmueble; que el demandante Canencio y no el demandado sigue en posesión del inmueble sin que éste último haya hecho gestión alguna judicial o extrajudicial para obtener la entrega del mismo.

"Estos hechos no son una manifestación clara total y expresa de la simulación, caso en el cual no serían un principio de prueba sino la prueba plena, pero sí la indican, es decir, son indicios graves de simulación del contrato de compraventa de que aquí se trata; y por consiguiente el documento en el cual el demandado Quirá T. admite o confiesa la existencia de tales hechos, es evidentemente un principio de prueba por escrito".

Y más adelante, en relación con la prueba de indicios, expuso el sentenciador: "Además del principio de prueba por escrito ya suficientemente analizado, figuran en autos, cuaderno segundo, las siguientes probanzas:

"a) Un certificado del Tesorero Municipal de Popayán, según el cual Ricardo Quirá T., no aparece inscrito en los libros catastrales como dueño de bienes raíces ubicados en este municipio, hasta la fecha del certificado, o sea el 13 de julio de 1956.

"b) Al folio 13 vuelto un certificado de la Administración de Hacienda Nacional del Cauca por el cual consta que Ricardo Quirá T. no aparece declarando renta y patrimonio por los ejercicios gravables de 1954 y 1955.

"c) A los folios 30 vuelto y 31, un certificado del Tesorero Municipal de Sotará, del cual consta que Marco A. Canencio venía y ha seguido pagando el impuesto predial correspondiente al inmueble La Margarita; y desde el primero de septiembre de 1954, "por cuenta de Ricardo Quirá y Aura María Collazos"

"d) A los folios 36 vuelto a 39, las declaraciones de Marco Tulio Apráez, Juan Dorado, Juan Quiñones y Jorge Enrique Hernández que establecen con sus exposiciones que Marco A. Canencio ha tenido la posesión del fundo materia del contrato aquí cuestionado, antes y después de la escritura número 595 de 13 de mayo de 1954 explotando dicho fundo con hechos positivos propios de dueños, como cerramientos, plantaciones, sementeras, engorde de ganado, etc.

"e) A los folios 44, un concepto pericial en el cual los peritos avalúan la totalidad del fundo vendido por Canencio a Quirá y a la Collazos en la suma de $ 80.000.00 y la mitad de él o sea lo vendido a Quirá, en la suma de $ 40.000.00.

"f) A los folios 20 vuelto a 24 vuelto, la copia de la escritura número 341 de 3 de abril de 1956,

por la cual Aura María Collazos cancela la escritura número 595 tantas veces citada, declarando expresamente que aunque en esta última escritura hizo constar que Canencio transfería a título de compraventa a la Collazos y a Ricardo Quirá T. el fundo La Margarita, no hubo de parte de Canencio la intención de transferir el dominio, ni de parte de la Collazos ánimo de adquirirlo.

"g) A los folios 17 vuelto a 18 vuelto figura la declaración de Aura María Collazos, corroborada por la escritura número 341 mencionada ya en el aparte f), y en la cual la exponente afirma que la escritura 595 de 13 de mayo de 1954, por la cual Canencio aparece vendiéndoles a ella y a Ricardo Quirá T. el fundo La Margarita, sito en el municipio de Sotará, es simulado no sólo en lo que a ella se refiere sino respecto a Quirá; explica los antecedentes del contrato; que no hubo pago alguno del precio; y que luégo, por estar convencida de que no le dieron suma alguna a Canencio por concepto de la venta que se hizo figurar en la escritura, la cual fue simulada, no hubo por parte de Canencio intención de transferir el dominio ni a ella ni a Quirá. Añade que éste no cumplió con el convenio "que hicimos antes de otorgar la citada escritura, y antes por el contrario ha dado margen a presentar demanda contra él, y que además el señor Quirá obró con mucha viveza y engañando a Canencio para obtener la escritura simulada o ficticia que al efecto le otorgó".

"Conclusión: El conjunto de los medios probatorios hasta aquí relacionados, tiene la suficiente fuerza de convicción para que el Tribunal considere plenamente probado que el contrato de compraventa consignado en la escritura número 595 de 13 de mayo de 1954, Notaría Primera de Popayán, por el cual Marco A. Canencio aparece vendiendo a Ricardo Quirá T. la mitad del fundo La Margarita, sito en el municipio de Sotará, y por los linderos descritos en esa misma escritura y en el libelo de demanda es simulado y así habrá de decretarse".

LA DEMANDA DE CASACION

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el demandado, el que pasa a decidirse, agotada como se halla su tramitación.

Con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial el recurrente formula seis cargos contra el fallo, de los cuales los tres primeros guardan estrecha vinculación entre sí, por lo que se estudiarán en conjunto.

En el primero sostiene que el Tribunal violó de manera directa el artículo 93 de la Ley 153 de 1887 "por interpretación errónea consistente en no limitar el hecho litigioso a la causa petendi de la demanda sino extenderlo a los hechos indiciarios", aclarando al final este concepto en el sentido de que "el error de derecho del Tribunal consistió en darle valor de principio de prueba por escrito a las posiciones absueltas por Ricardo Quirá, las cuales, según el Tribunal, afirman la verdad o realidad de la compraventa realizada con Marco Canencio, pero al mismo tiempo, contienen declaraciones sobre hechos indiciarios de la simulación de dicho contrato. Por tanto, se incurrió en el error de derecho consistente en darle a una prueba un valor que no tiene y, como consecuencia de ese error de derecho se violaron directamente (sic), por falta de aplicación, el artículo 1.494 del Código Civil que considera como fuente de obligación el contrato y, además, los artículos 1.849 y 1.847 y concordantes de la misma obra que estiman válidas las compraventas celebradas solemnemente, como el convenio de venta entre Canencio y Quirá, sobre que versa este pleito. Así mismo se violó el artículo 1.776 del Código Civil por aplicación indebida, puesto que se consideró simulado, sin prueba para ello un contrato válido".

Para llegar a la anterior conclusión el recurrente hace un estudio de lo que debe entenderse por "principio de prueba por escrito", que según él mismo tiene su fuente en el Código de Justiniano, y según otros, en las Ordenanzas de Moulín de 1776, reproduce lo que al respecto disponen los Códigos Civiles de Francia, Argentina y Venezuela y conceptos de los expositores Héctor Cámara, Bibiloni, Ferrara, Ricci y Vera, para deducir "que el principio de prueba por escrito es medio idóneo y válido para demostrar el hecho litigioso, causa alegada o causa petendi, pero no es eficaz para comprobar hechos indiciarios", agregando "que la anterior doctrina es clara, sencilla y diáfana, lo que no me impide confesar al mismo tiempo que es difícil".

El segundo cargo lo formula así el recurrente: "El fallo contiene una violación indirecta de los artículos 1.766 del Código Civil y 93 de la Ley 153 de 1887, por aplicación indebida, a consecuencia del error de derecho consistente en haber dado a los indicios valor para probar la simulación entre las partes. Así mismo se violaron di-

rectamente (sic), por falta de aplicación, y a consecuencia del mencionado error de derecho los artículos 1.849 y 1.857 del Código Civil, al no dar valor a una compraventa verdadera, todo lo cual influyó en el fallo condenatorio, que ha debido ser absolutorio".

El tercer cargo lo inicia así: "El error consiste en decidir que en simulación entre las partes es admisible el principio de prueba por escrito posterior al contrato ficticio". Y luego de transcribir los artículos 1.767 del Código Civil y 91 y 93 de la Ley 153 de 1887, sostiene que el principio de prueba por escrito de que habla la ley tiene que ser posterior al contrato o acto simulado, por lo que el Tribunal no debió admitir como tal la diligencia de posiciones que absolvió el demandado, "por lo que violó directamente las normas sobre compraventa y las normas sobre simulación".

Se considera:

1. Cuando se acusa en casación un fallo con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por error de derecho, el recurrente debe fijar claramente la pueba que estime mal valorada, la contravención a la norma que establece ese medio de prueba, bien porque se le diera un mérito distinto del fijado por el legislador o bien porque habiéndole dado el exacto valor probatorio no cumple las condiciones o está fuera de los requisitos que la ley exige para que se le asigne ese mérito; y también que por virtud de la infracción de la norma probatoria, que se denomina violación-medio, el sentenciador haya quebrantado una ley sustancial con incidencia sobre la parte resolutiva del fallo.

2. En forma repetida ha dicho la Corte que cuando la acción simulatoria la ejercita una de las partes que celebraron el acto o contrato aparente y éste se hizo constar por escrito, la prueba que debe aportar el actor tiene que ser de igual categoría o fuerza al documento en que conste el acto o contrato que se pretende desvirtuar, y que no puede ser otra que el documento oculto, o la confesión del obligado, o un principio de prueba por escrito completada con cualquier otro medio probatorio. Esta doctrina tiene su fundamento en los artículos 1.759 y 1.766 del Código Civil y 91, inciso segundo, de la Ley 153 de 1887.

El Tribunal de Popayán tuvo en cuenta esta doctrina jurisprudencial al resolver el presente juicio y si bien estimó que de las posiciones absueltas por el demandado no aparecía la confesión de la simulación del contrato de compraventa materia de la demanda, tal diligencia de posiciones era un principio de prueba por escrito, que completada con la prueba de indicios establecía la evidencia de que el contrato celebrado entre Canencio y Quirá y que consta en la escritura 595 fue aparente o simulado y en tal sentido desató el juicio.

3. El recurrente sostiene que la absolución de posiciones no puede tenerse como principio de prueba por escrito, tanto porque no guarda relación con el hecho litigioso como porque es posterior al contrato de compraventa cuya simulación se pretende probar.

El artículo 93 de la Ley 153 de 1887 dice que principio de prueba por escrito es "un acto escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso" y en interpretación de esta norma está dicho que para que a un documento se le atribuya el mérito de tal debe reunir estos elementos: que exista el escrito, que tiene que ser diferente del acto o contrato mismo que se pretende establecer o desvirtuar; que emane de la persona a quien se opone o de su representante; y que del escrito se desprenda la verosimilitud del hecho litigioso. (GACETA JUDICIAL, Tomo LXIV, Pág. 391; Tomo LXXII, página 117).

4. Es indudable que una diligencia de absolución de posiciones en que el absolvente confiesa hechos relacionados con el acto o contrato litigioso se le puede tener como principio de prueba por escrito, porque reune los requisitos anteriores. Además, la ley se refiere a todo acto o contrato escrito del demandado —y las posiciones encajan dentro de esta definición—, sin limitarlos en cuanto al tiempo, por lo que puede ser posterior al documento que se pretende evidenciar o desvirtuar.

El expositor Carlos Lessona, a quien el legislador colombiano siguió muy de cerca al redactar el actual Código Judicial en lo pertinente, define así el principio de prueba por escrito: "La demostración de la verosimilitud de un hecho deducido de **toda clase de escrito, sea cual fuere la forma y el fin para que hubiese sido redactado**". Y al tratar sobre la diligencia de absolución de posiciones, dice: "El interrogado goza de cierta libertad para responder, pudiendo hacer, en los límites de las preguntas, todas las declaraciones que crea oportunas, y dar respuestas amplias y circunstanciadas. En efecto: si doble es el objeto de la prueba por interrogatorio (obtener la con-

fesión de la parte contraria y **procurarse con las respuestas un principio de prueba escrita),** los dos se frustrarían si se obligase al interrogado a limitar sus respuestas a la sola admisión o a la sola denegación del hecho presentado; entonces, mientras sería poco probable obtener una confesión de quien no puede con declaraciones modificar los efectos, sería además difícil encontrar en respuestas tan circunscritas las contradicciones, las reticencias o las semiconfesiones que **todos los días sirven para producir un principio de prueba escrita al interrogante".** (Teoría General de la prueba en Derecho Civil Tomo I, página 553 y Tomo III, página 451. Los subrayados son de la Sala).

Por lo demás, los hechos aceptados por el absolvente demandado tienen estrecha conexión con el hecho litigioso y lo hacen verosímil, por lo que se puede concluír que el Tribunal no cometió error al estimar como principio de prueba por escrito la diligencia de absolución de posiciones. Es conveniente advertir que el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, que el recurrente estimó violado por el Tribunal, no es norma sustancial, ya que se limita a establecer una excepción al principio de inadmisibliidad de la prueba testimonial, que establece el artículo 91 de la misma ley.

5. Por lo que hace al segundo cargo, que el recurrente hace consistir en que el Tribunal estimó probada la simulación con indicios, por lo que considera violado el mismo artículo 93 y el 1.766 del Código Civil, el cargo así formulado no resulta de acuerdo con la motivación del fallo, pues allí quedó claramente establecido que no era la sola prueba indiciaria la que servía para dar por simulado el contrato de compraventa, sino que era complemento del principio de prueba por escrito que resultaba de la absolución de posiciones por Quirá. Por lo que no fue la sola prueba indiciaria la que sirvió de fundamento al fallo.

Como es bien sabido, la valoración de la prueba de indicios corresponde al juzgador de instancia, sin que sea censurable en casación, a menos que se pruebe que el hecho o hechos en que se apoya no están establecidos, o que se deduzca de los hechos consecuencias que no guarden relación con ellos o que se prescinda de los que aparezcan plenamente establecidos, y que, de haberlos tomado en consideración, la conclusión habría sido diferente. En el caso de autos el recurrente se limita a afirmar que el Tribunal incurrió en error de derecho por haber dado por establecida la simulación con la sola prueba de indicios, sin atacar los hechos índices.

Por lo expuesto, no prosperan los tres primeros cargos de la demanda de casación.

* * *

Los cargos cuarto y quinto están también íntimamente relacionados entre sí, por lo que su estudio se hará en conjunto.

En el cuarto afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho "consistente en haber dado valor de plena prueba a una confesión implícita sobre otra expresa, con violación del artículo 606 del Código Judicial. Este error de derecho explica la violación directa (sic) de las normas sobre compraventa, por falta de aplicación (artículos 1.849 y 1.857 del Código Civil) y aplicación indebida de las normas sobre simulación (artículo 1.766 del Código Civil), todo lo cual influyó en el fallo condenatorio, que ha debido ser absolutorio".

En desarrollo del cargo sostiene que el sentencialor "al considerar las posiciones como principio de prueba por escrito de los indicios de simulación violó el artículo 606 del Código Judicial al no darle valor de plena prueba a la confesión absolutoria (sic) del señor Quirá y al considerar admisible y prevalente contra dicha confesión absolutoria (sic) la prueba indiciaria, comprobada con hechos afirmados en las mismas posiciones".

En el quinto cargo dice: "El error de derecho probatorio en haber dado valor a una confesión contradictoria, que carecía de mérito. Una confesión absolutoria (sic) que al mismo tiempo contenga hechos indiciarios condenatorios, no puede admitirse, según se infiere de la doctrina del artículo 609 del Código Judicial. La confesión se amite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho pero, si la confesión es negativa de simulación, esos hechos opuestos a la verdad del contrato anulan la confesión, que expresamente reconoce la verdad del contrato. Si el confesante (sic) niega la simulación expresamente y la acepta indiciariamente, al reconocer hechos que la pregonan, su confesión es contradictoria, luego si carece de mérito en la parte expresa tampoco lo tiene en el extremo contrario".

De lo anteriormente expuesto concluye el recurrente que "carece de valor probatorio la confesión del señor Quirá por contradictoria", ha-

biendo el sentenciador violado el artículo 609 del Código Judicial, al admitirla, "error de derecho que llevó al Tribunal a la indebida aplicación del artículo 1.766 del Código Civil sobre simulación y del 1.934 del Código Civil por falta de aplicación, al considerar una compraventa verdadera celebrada entre Canencio y Quirá..."

Se considera:

Aunque los cargos están redactados defectuosamente, ya que no es posible hablar de "confesión absolutoria", que son términos contradictorios, porque la confesión es la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra" (artículo 604 del Código Judicial), de tal suerte que si el absolvente niega no hay confesión, se tiene que lo que el recurrente considera es que el Tribunal incurrió en error de derecho al estimar las posiciones absueltas por el demandado como confesión, cuando allí no existe este medio de prueba, y si existe es en forma contradictoria por lo que no se puede tomar en consideración.

Así entendidos los cargos carecen de fundamento, porque como ya se vio, el Tribunal no le atribuyó carácter de confesión a las posiciones absueltas por Quirá, sino apenas el de principio de prueba por escrito, que complementada con la de indicios establecidos por otros medios demostraba que el contrato de compraventa a que se refiere la escritura 595 es simulado.

* * *

En una última acusación dice el recurrente que hubo "violación directa de los artículos 1.759, 1.766, 1.849, 1.857 y 1.934 del Código Civil, por falta de aplicación porque entre las partes, vendedor Canencio y comprador Quirá, se celebró un contrato que es fuente de obligaciones y el que se considera como simulado porque en unas posiciones, estimadas como principio de prueba por escrito, se reconocen indicios de simulación, prueba incompleta adicionada luego con otras probanzas. La simulación entre partes no aparece probada en forma legal, luego al declararla dejaron de aplicarse las mencionadas normas, que por tanto se violaron directamente".

Se considera:

Ya está dicho y repetido que el Tribunal sentenciador encontró probado que el contrato de compraventa contenido en la escritura 595 no era real sino simulado, sin que prosperaran los cargos formulados contra esa valoración probatoria. No incurrió, por tanto, en violación de las normas que el recurrente estima infringidas en este cargo.

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 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán de fecha doce de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete en el presente juicio.

Sin costas, por no aparecer causadas.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

ES ANTITECNICO PROPONER SIMULTANEAMENTE, RESPECTO DE UNA MISMA PRUEBA, ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. — AUTONOMIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS MIENTRAS NO SEAN CONTRARIAS A LA EVIDENCIA. — TECNICA DEL ERRROR DE DERECHO. — INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 596 Y 688 DEL C. J. Y 7º DE LA LEY 45 DE 1936.— EN CASACION NO PUEDE REABRIRSE EL DEBATE PROBATORIO

1.—No se ajusta a la técnica de casación proponer simultáneamente y respecto de la misma prueba, error de hecho y de derecho que, en principio, son incompatibles por cuanto el de derecho supone la apreciación y valoración de la prueba por el fallador, y, por consiguiente, la exclusión del de hecho, y este, en los supuestos posibles, excluye la estimación de una prueba que ignoró el juzgador o que no existe en el proceso. Por la incompatibilidad de los dos errores, el artículo 520 ordinal 1º, segunda parte, dispone que estos errores se aleguen y demuestren en forma disyuntiva, es decir, o el de hecho o el de derecho.

2. Ha sido doctrina constante de la Corte que la mala, errónea o poco técnica apreciación que el Tribunal haya hecho de una prueba, debe ser respetada, y no puede cambiarse en casación sino cuando se dé manifiesto error de hecho o de derecho en la estimación hecha por el fallador.

3.—Es deber del recurrente en casación, según lo preceptúa el artículo 520, ordinal 1º del Código Judicial, demostrar que el fallador incurrió en error de derecho en la apreciación de determinada prueba y señalar la norma o normas valorativas de ella, que hayan sido transgredidas.

4.—Los artículos 596 y 688 del Código Judicial tratan de la inadmisiblidad de las pruebas inconducentes y legalmente ineficaces, y de la manera como deben redactarse las respuestas del declarante y el cuidado que debe tener el funcionario que las recibe, para que el testimonio sea "responsivo, exacto y completo", no son las que señalan el valor de la prueba testimonial, en cuya aplicación sí cabe el error de derecho, bien porque el juzgador le dio un valor que la ley no le concede, bien porque no le reconoció el que le asigna.

5.—La Corte en el recurso de casación no puede entrar oficiosamente en un nuevo estudio de la prueba, porque esta es una facultad que compete exclusivamente al fallador de instancia.

6.—El artículo 7º de la Ley 45 de 1936, por sí solo no fija el valor probatorio de la prueba testimonial respecto de la posesión notoria del estado de hijo natural.

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

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

José Ramón y Manuel de Jesús Jiménez demandaron por medio de apoderado ante el Juzgado Civil del Circuito de Armenia a la sucesión testada de José Vicente Gómez, representada por su albacea y heredera universal, Tulia Cárdenas González viuda de Gómez, para que en juicio ordinario se hicieran estas declaraciones:

a) Que los demandantes son hijos naturales de José Vicente, y, en consecuencia, tienen vocación hereditaria "en el juicio de sucesión del mismo, concurriendo con la cónyuge sobreviviente en la forma que establece la ley";

b) "Que la demandada sea condenada en costas";

Los hechos de los cuales se derivan las súplicas se resumen así:

José Vicente Gómez y Susana Jiménez Franco, solteros, mantuvieron relaciones sexuales, estables y notorias en los municipios de Quimbaya y Filandia, desde el año de 1905 hasta el de 1918, dentro de las cuales procrearon a los demandantes.

Los concubinos Gómez y Jiménez Franco criaron y establecieron como hijos suyos a José Ramón y Manuel de Jesús Jiménez, y en esta calidad fueron presentados a sus amigos, parientes y relacionados de manera que estos y sus vecinos los tuvieron siempre como hijos de tales padres.

José Vicente Gómez contrajo matrimonio católico en Montenegro con Tulia Cárdenas González.

El 25 de diciembre de 1953 murió en Montenegro José Vicente Gómez; no dejó descendencia ni ascendencia legítima, pero en testamento abierto otorgado ante el Notario de aquel circuito mediante escritura 497 de 6 de noviembre del mismo año, instituyó como heredera universal y albacea con tenencia de bienes a su cónyuge, Tulia Cárdenas González de Gómez.

El patrimonio dejado por el causante Gómez está formado por la finca denominada La Morelia, ubicada en el municipio de Quimbaya, y por una casa de habitación de dos plantas con su solar, situada en la población de Montenegro.

La calidad de hijos naturales en los demandantes no sólo la causan las relaciones sexuales notorias y estables de los padres, dentro de las cuales fueron procreados, "sino también la posesión notoria de dicho estado, por parte de los vecinos, amigos y parientes del presunto padre natural".

El Juzgado Civil del Circuito de Armenia desató la primera instancia en sentencia de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y seis así: 1ª Absuélvase a la demandada de los cargos que le hicieron en la demanda. 2ª Condénese a la parte actora en costas".

Apelada esta sentencia, el Tribunal Superior de Pereira la revocó en providencia de diez de junio de mil novecientos cincuenta y siete, y en su lugar resolvió:

"a) Se declaran no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, b) "Declárase que los señores Manuel de Jesús y José Ramón Jiménez son hijos naturales de Vicente Gómez A. teniendo en consecuencia vocación hereditaria en el juicio de sucesión del mismo y pudiendo concurrir con la cónyuge sobreviviente, en la forma que establece la ley".

El fundamento de esta resolución es el haber hallado el Tribunal demostrada, con abundante prueba testimonial, por parte de los actores la posesión notoria del estado de hijos naturales de Vicente Gómez.

El apoderado de la demandada interpuso contra la sentencia de segunda instancia el recurso extraordinario de casación que la Corte entra a decidir, ya que está cumplida la rituación que le es propia.

La demanda le hace a la sentencia cuatro cargos relacionados con la apreciación de la prueba testimonial, aducida para establecer la posesión notoria en los demandantes del estado de hijos naturales de José Vicente Gómez, y que se consideran en el orden en que aquella los presenta:

PRIMER CARGO

Apoyándose en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial acusa el recurrente el fallo por "errores de hecho y de derecho " a través de los cuales violó la ley sustantiva.

El error de hecho lo hace consistir en que los testigos Ana María Ramírez, Pedro Pablo Ramírez, Marco Antonio Echeverri, Baltasar González, Antonio Arbeláez, Braulio Escobar, Juan María Rendón, Juan Cristóbal Ramírez, Delio, Laura y Rosa María Gómez no expresaron la causa o razón de su dicho, sin embargo el sentenciador les dio fuerza probatoria, es decir, que aceptó una razón que no existía en el proceso.

El mismo error respecto de los declarantes Enrique Noreña, Eduardo Rincón, Luciano Ramírez, José Adolfo Henao y Luis Eduardo Gómez los coloca en que los hechos, sobre que deponen no son constitutivs de la posesión notoria del estado de hijos naturales, empero el Tribunal les dio este valor, o encontró la relación entre los hechos expuestos por los declarantes y los factores integrantes de la posesión notoria del estado civil impetrado.

Para la demostración del primero de estos errores se limita, el recurrente, a transcribir el análisis que el Tibunal hace de algunos de ellos, o a hacer las observaciones de que no expresan la razón de sus afirmaciones. Y sobre el segundo grupo de testigos, también copia algunas de las apreciaciones del fallador, y observa a todos que los hechos expuestos por ellos no guardan relación con los elementos integrantes de la posesión notoria del estado de hijos naturales.

Al lado del error de hecho, alega también el de derecho, proveniente de que en la estimación de todos los testimonios el Juez violó los artículos 596 y 688 del Código Judicial. Concluye así: "Los errores alegados condujeron al sentenciador a violar la ley sustantiva que configura la acción de investigación de la paternidad natural, en el caso de la posesión notoria del estado de hijo

natural, o sea el ordinal 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, así como el artículo 6º de la misma ley.

Considerandos:

El cargo simultáneo por error de hecho y de derecho en la apreciación de la misma prueba no se ajusta a la técnica de casación, porque como lo ha dicho la Corte en fallo de veinticuatro de junio de mil novecientos cincuenta y nueve, "en principio no es admisible proponer respecto de una misma prueba el error de hecho y el de derecho, porque si el sentenciador le negó el mérito legal a la prueba o le asignó uno que no tenía, fue porque la estimó lo cual elimina el error de hecho".

El Tribunal hizo un examen detenido de todos los testigos a que alude el recurrente, para llegar a esta conclusión:

"De la lectura de los testimonios cuyo resumen se ha hecho, se llega a la convicción de que ellos demuestran que don Vicente Gómez dio a los demandantes el trato que da el padre a sus hijos, cuidando de su crianza, de su educación y como a tales los presentó ante sus amigos, relacionados y familiares y que a su vez, aquellos admitieron y recompensaron ese tratamiento, en forma tal que la relación o el vínculo se hizo notorio en el paraje "La Morelia" y en el municipio de Montenegro en forma que lleva al juzgador una persuasión inequívoca acerca de que existe demostrada fehacientemente la causal del numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 sobre paternidad natural alegada, por estar demostrados los hechos necesarios para inferir los factores que constituyen la posesión notoria del estado civil de hijos naturales que alegan Manuel de Jesús y Ramón Jiménez con respecto a Vicente Gómez Arbeláez".

Critica en seguida la calificación global que el Juzgado hizo de la prueba aportada "sin detenerse en la observación minuciosa y adecuada que el caso exige" y continúa: "Pero el Tribunal, hecho el cuidadoso estudio de la prueba, la encuentra idónea y completa y aunque es cierto que no todos los declarantes hacen afirmaciones sobre hechos particulares y concretos observados por ellos, un gran número, como se ve en tales testimonios sí los expresan y de la apreciación particularizada de cada uno de ellos y de la conexión que resulta de todas esas declaraciones, se obtiene el conocimiento seguro de que sí está demostrado con evidencia el estado o situación de posesión notoria del estado civil que se debate en este juicio..."

Como se ve, el fallador de instancia hizo una cuidadosa apreciación de la prueba testimonial aducida al proceso, de modo que no pudo incurrir en ninguno de los dos errores de hecho posibles en el caso concreto que serían: 1º Haber admitido como establecida la posesión notoria a consecuencia de haber ignorado o no haber tenido en cuenta un medio probatorio existente en los autos que demuestre con evidencia que ese hecho no existió; y 2º Haber tenido por demostrado el mismo extremo en razón de un elemento de prueba que no existe o que no obra en el proceso. Ha sido doctrina constante de la Corte que la mala, errónea o poco técnica apreciación que el Tribunal haya hecho de una prueba, debe ser respetada, y no puede cambiarse en casación sino cuando se dé manifiesto error de hecho o de derecho en la estimación hecha por el fallador.

Siendo imposible la ocurrencia del error de hecho, dado que el Tribunal sí apreció la prueba aportada, se considera el error de derecho sólo con miras a resolver el recurso con mayor amplitud.

Es deber del recurrente en casación según lo preceptúa el artículo 520, ordinal 1º del Código Judicial, demostrar que el fallador incurrió en error de derecho en la apreciación de determinada prueba, y señalar la norma o normas valorativas de ella, que hayan sido transgredidas. La demanda de casación en la tacha que se estudia apenas se limita a citar los artículos 596 y 688 del C. J. sin hacer la demostración requerida. Estas normas que, en su orden que, tratan de la inadmisibilidad de las pruebas inconducentes y legalmente ineficaces, y de la manera como deben redactarse las respuestas del declarante y el cuidado que debe tener el funcionario que las recibe, para que el testimonio sea "responsivo, exacto y completo", no son las que señalan el valor de la prueba testimonial, en cuya aplicación sí cabe el error de derecho, bien porque el juzgador le dio un valor que la ley no le concede, bien porque no le reconoció el que le asigna.

Infiérese que el cargo debe rechazarse.

SEGUNDO CARGO

Esta acusación la formula también por error de hecho y de derecho en la apreciación de la misma prueba testimonial sobre la posesión notoria del estado civil.

El primero lo funda en que ninguno de los declarantes depone sobre los hechos en que, según

el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, consiste la posesión notoria del estado de hijo natural, pues, "De los testigos aducidos por los actores, unos afirman que los Jiménez son hijos naturales de don Vicente porque éste los trataba como hijos y los estimaba mucho; otro, porque don Vicente no se cuidaba de ocultar en lo más mínimo su calidad de padre; otros, porque confesaba en público ese carácter; otros los varios parientes de don Vicente porque en calidad de tales hablaba de los Jiménez como de sus consaguíneos; otros, porque don Vicente los presentaba a los amigos y deudos como sus hijos naturales, etc. pero ninguno hizo derivar su conocimiento de "aquel tratamiento" es decir, de la crianza, de la educación y del establecimiento, a que hubiese atendido el pretenso padre". Sigue exponiendo que si esta prueba testimonial no habla de que los deudos y amigos o el vecindario en general, han reputado a los Jiménez como hijos de don Vicente "a virtud de aquel tratamiento", esto es, porque han atendido a su crianza, educación y establecimiento, la prueba no reúne los requisitos exigidos por el artículo 6º de la Ley 45, y es, por tanto ineficaz. Y "acepta esa prueba, considerando explícita o implícitamente que reúne tales condiciones, es error de hecho porque se ha partido de un hecho que no existe en el proceso, y error de derecho, como corolario, poque se le ha atribuído a la prueba un valor de que carece según el citado artículo 6º.

Concluye afirmando que tales errores llevaron al sentenciador a quebrantar el artículo 4º ord. 5º de La Ley 45 de 1936.

Considerandos:

Cabe también la observación de falta de técnica en la demanda en cuanto a la postulación del cargo por error de hecho y derecho a la vez. La apreciación que el Tribunal hizo de toda la prueba testimonial aducida, precisamente en cuanto ella establece la posesión notoria del estado civil, cuya declaración impetran los actores, descarta la posibilidad del error de hecho, en los mismos dos supuestos posibles a que se hace referencia en el estudio del cargo anterior, pues el recurrente tampoco demuestra que la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal procede de no haber tenido en cuenta otros medios de juicio que establezcan con evidencia que la posesión notoria no existió, o en virtud de elementos de juicio que no existen o que no obran en el proceso. Además, el recurrente en la demostración del error evidente se limita a referirse a la prueba testimonial en abstracto, sin hacer referencia concreta a todos y cada uno de los testimonios que tuvo en cuenta y analizó el fallador para dar por probado el hecho de la posesión notoria. Sin la demostración de que ninguno de los testigos depuso sobre hechos de los cuales deduce el fallador los elementos integrantes de esa posesión, la Corte en el recurso de casación no puede entrar oficiosamente en un nuevo estudio de la prueba, porque esta es una facultad que compete exclusivamente al fallador de instancia.

En cuanto al error de derecho, la viabilidad de él exige que el recurrente indique la norma valorativa de la prueba violada por el Tribunal. Cita como tal el artículo 7º de la Ley 45 de 1936 que por sí solo no fija el valor probatorio de la prueba testimonial respecto de la posesión notoria del estado de hijo natural.

El cargo también debe rechazarse.

TERCER CARGO:

Estima el recurrente que la sentencia erró de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba sobre posesión notoria. Hace el plantamiento con base en el artículo 398 del Código Civil, en relación con el 7º de la Ley 45 de 1936, que, para que la posesión notoria se reciba como prueba del estado civil, exige "haber durado diez años continuos por lo menos".

Reproduce el aparte del fallo en el cual, del análisis que ha hecho de todos los declarantes recibidos en el juicio, el fallador conclye: "Como ya se ha visto, los demandantes Jiménez nacieron, el uno en el año de 1907 y el otro en 1909 y don Vicente Gómez falleció el 25 de diciembre de 1953, mediando pues entre el nacimiento del segundo y la muerte de Gómez un lapso de 44 años de coexistencia, razón por la cual es evidente que los diez años para la posesión notoria del estado civil, que la ley exige caben con excedencia dentro de aquel período".

Funda la tacha con estos razonamientos:

El lapso de cuarenta años entre el nacimiento del segundo de los Jiménez y la muerte de Gómez, "no quiere decir que la posesión notoria haya cubierto los diez años de rigor, tal como lo pide el citado precepto. Los testigos no hablan en parte alguna de que el tratamiento, la crianza y educación y establecimiento haya durado el decenio legal.

Los diez años deben determinarse en forma

continua, "no por períodos separados, aun cuando entre todos puedan llegar a componer el decenio". Los hechos sobre posesión notoria a que se refieren los declarantes, los diseminan en el espacio de cuarenta y cuatro años, que anota la sentencia pero como no dice que esos hechos relativos a crianza, educación y establecimiento hayan durado todo ese tiempo, "habría sido necesario que hubiera localizado el lapso continuo de los diez años". Adelante diciendo que, como el sentenciador se limitó a decir que si entre el nacimiento del segundo de los hijos y la muerte del presunto padre mediaron cuarenta y cuatro años, en este lapso quedan comprendidos de manera continua los diez años de la ley "como si la prueba testimonial se hubiera referido a los dichos cuarenta y cuatro años".

Y concluye: "Esto es manifiesto error de hecho, ya que las pruebas no demuestran que durante todo este lapso se atendió a la crianza, educación y establecimiento, ni tampoco que ellos hubieran ocurrido durante una década continua, que los testigos no localizan en los dichos cuarenta y cuatro años".

Añade que este error "engendró un error de derecho consistente en haberle dado a las pruebas de los actores un valor que no tienen para demostrar la duración legal de la posesión notoria, con violación de los artículos 7º y 4º de la Ley 45 de 1936 y 398 del C. C.".

SE CONSIDERA:

La demanda en esta impugnación adolece también de la la misma falta de técnica anotada en los cargos anteriores, en cuanto propone conjuntamente el error de hecho y el de derecho que en principio son incompatibles por cuanto el de derecho supone la apreciación y valoración de la prueba por el fallador, y, por consiguiente, la exclusión del de hecho, y este, en los supuestos posibles, excluye la estimación de una prueba que ignoró el juzgador o que no existe en el proceso. Por la incompatibilidad de los dos errores, el artículo 520 ordinal 1º segunda parte, dispone que estos errores se aleguen y demuestren en forma disyuntiva, es decir, o el de hecho o el de derecho.

Peca también contra la técnica la postulación del cargo en estudio, porque acatando lo preceptuado por la citada disposición, el recurrente estaba obligado a demostrar que el Tribunal incurrió en el error de hecho alegado y "que aparezca de modo manifiesto en los autos". Este extremo no podía cumplirlo sino haciendo un análisis de los catorce testimonios que tuvo en cuenta el Tribunal para deducir, como dedujo, que la prueba de la posesión notoria en la forma exigida por la ley no solamente abarca el período de diez años sino el de cuarenta y cuatro años.

Los asertos que la demanda contiene como razones sustentadoras del error de hecho, no son sino proposiciones que debe demostrar en la forma dicha, pero no lo hizo.

Sabido es que el juzgador de instancia goza de soberanía en la apreciación de la prueba testimonial; que la Corte debe respetarla, y que no puede entrar a considerarla sino cuando se le demuestra en casación que aquél incurrió en error de derecho o de hecho evidente en los autos. Proceder en otra forma sería convertir este recurso extraordinario en tercera instancia.

La tacha por error de derecho no puede tenese en cuenta, en razón de lo ya dicho, y también porque no cita siquiera la disposición valorativa de la prueba testimonial que haya violado el fallador. Es sabido que el recurrente como requisito de su demanda debe citar los textos legales que estime infringidos.

Las normas que cita tocan con la posesión notoia como hecho en que puede fundarse la declaración de paternidad natural y con los elementos que la integran, pero no con el valor probatorio que tiene la prueba testimonial. El cargo se rechaza.

CUARTO CARGO:

También en este acusa el fallo recurrido por error de derecho "en la estimación de las pruebas".

Lo deduce de que "los testimonios aducidos por la parte actora como prueba de las relaciones sexuales estables y notorias los rechazó el Tribunal "porque no era posible que los testigos, de infantes o sin nacer o sin haber sido concebidos, hubiesen podido presenciar esas relaciones o percibir los signos de gravidez de la amante del señor Gómez".

"Tal rechazo debió ser suficiente para que la sentencia hubiera desechado las declaraciones de acuerdo con la norma del artículo 701 del Código Judicial puesto que no hace fé el dicho del testigo que se contradice notablemente en una declaración. No pueden darse más flagrantes contradicciones que las de estos declarantes, quienes al comienzo de sus testimonios afirman oronda-

mente el conocimiento de las relaciones sexuales, y aún de aquellos signos, y al final, al ser repreguntados, resulta que para entonces no habían venido al mundo o hacía poco que habían llegado. O que sin haber sido repreguntados expresaron la edad lealmente, pero a renglón seguido hacen las descritas inverosímiles declaraciones".

Concluye que, como el fallo sí palpa las contradicciones no hay error de hecho pero sí de derecho, porque no obstante esta apreciación aceptó esas declaraciones como prueba de la posesión notoria violando directamente el artículo 701 citado, y, en forma indirecta los artículos 4º ordinal 5º y 6º de la Ley 45 de 1936.

CONSIDERACIONES:

El Tribunal concluye su estimación de la prueba testimonial sobre las relaciones sexuales estables y notorias, de las cuales se dice nacieron los demandantes, en esta forma: "La prueba testimonial analizada no es idónea para la demostración de las relaciones sexuales estables y notorias que se imputan a la pareja Gómez-Jiménez, con anterioridad al nacimiento de los demandantes. Como se ha visto al estudiar cada testigo, solo resulta responsivo exacto y completo el del señor Luciano Ramírez Díaz (artículo 688 del Código Judicial inciso 2º), pero por ser único no forma por sí solo plena prueba, según el artículo 696 ibídem, y por ello ha de concluírse que no están demostradas las relaciones en la forma como la ley lo exige, para establecer la paternidad que se alega".

La apreciación del juzgador, queda repetido, debe respetarla la Corte en casación, mientras no hayan incurrido en el error de hecho o de derecho propuesto como tacha.

Pero no basta con anunciarlo sino que por exigencia o requisito legal, la demanda de casación debe demostrar "haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos". (Art. 520. 1º C. J.).

Afirma que el Tribunal rechazó la prueba testimonial en lo atinente a las relaciones sexuales estables y notorias de los presuntos padres naturales, dado que la edad no les permitía presenciarlas a los declarantes e incurrieron así en contradicción, no es demostrar el cargo sino simplemente enunciarlo. La demostración impone un análisis de la prueba completa para poner de manifiesto la contradicción que se les imputa a todos los testigos tenidos en cuenta por el Tribunal. En otra forma, la demanda de casación no se distinguiría de un simple alegato de instancia, y bastaría presentar como cargo de error cualquier observación, no la demostración requerida por la ley y así se llevaría a la Corte a adentrarse en el estudio o apreciación de la prueba en forma oficiosa, y no en las condiciones excepcionales propias del recurso extraordinario, que es la casación.

Esta consideración sería suficiente para rechazar el cargo por infundado, pero con miras a darle un mayor respaldo del fallo, observa la Corte que los motivos que el fallador tuvo para no aceptar como prueba de las relaciones sexuales los testimonios por él analizados, no fue el haber depuesto sobre hechos no presenciados por ellos, sino precisamente que de su dicho no podía deducirse la anterioridad de esas relaciones al nacimiento, requerido por la ley.

En efecto: a Ana María Ramírez no la acepta, porque dice que cuando conoció a Gómez y a la Jiménez ya tenían los dos niños; a Marco Antonio Echeverri tampoco lo computa en razón de que declara en la misma forma que la anterior; a Luis Eduardo Gómez, debido a que su conocimiento al respecto data de 1920; a Baltasar González tampoco lo acoge, no porque su edad no le perimitiera haberse percatado de las relaciones concubinarias anteriores al nacimiento de los Jiménez, sino porque "el testigo no hace otra cosa que sacar conclusiones y en la mayor parte de su exposición responde textualmente a los puntos interrogados"; Juana María Rendón no es apta para establecer el hecho alegado, pues, reza el fallo y lo dice la declaración, ya la Jiménez tenía los dos niños cuando la conoció; a los deponentes Eduardo Rincón Rendón, Juan Cristóbal Ramírez, Delio Gómez Vásquez, Laura Gómez, Rosa María Gómez, les observa en concordancia con sus exposiciones, que, habiendo nacido con posterioridad al advenimiento de los demandantes no podían conocer las relaciones entre Gómez y la Jiménez, desde antes del nacimiento de los actores, ocurrido en 1907 y 1909.

Como fácilmente se advierte, sobre ninguno de estos testigos puede caer la observación de que se contradice notablemente en su declaración. Hay uno, Luciano Ramírez Díaz, a cuya exposición el Tribunal con recto criterio le da su aceptación por ser responsivo, exacto y completo".

Queda solamente el testimonio de Pedro Pablo Ramírez, al cual el juzgador le advierte que, por

la edad manifestada al declarar, debió nacer en 1902, y, por lo mismo, no pudo darse cuenta de las relaciones sexuales en el tiempo anterior al nacimiento. Aceptando que hubiera contradicción en exponer que a los siete años de edad se dio cuenta de que "Susana Jiménez tuvo otro niño a quien se llamó Ramón", la carencia de fe a su dicho, al tenor del artículo 701 del C. J. citado por el recurrente, tocaría con este testigo no con los demás en que se respalda la sentencia.

Así que tampoco prospera este último cargo.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Sumprema 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 diez de junio de mil novecientos cincuenta y siete, proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido por Manuel de Jesús y José Ramón Jiménez contra la sucesión testada de José Vicente Gómez, representada por la heredera universal Tulia Cárdenas González.

Sin costas por no aparecer causadas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario,

TECNICA DE LA CAUSAL 1ª DE CASACION. —ES IMPROCEDENTE, RESPECTO DE UN MISMO MEDIO PROBATORIO, ALEGAR SIMULTANEAMENTE ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO. — TECNICA DE CASACION.—TERMINO DE QUE DISPONEN LOS TERCEROS PARA FORMULAR SUS OPOSICIONES A LAS PROPUESTAS DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE YACIMIENTOS DE METALES PRECIOSOS CONSIDERADOS POR LA NACION COMO RESERVA SUYA. — PROCEDIMIENTO AL RESPECTO. — EXTINCION DE SU DERECHO. — REPAROS A LA DOCTRINA MANTENIDA POR LA CORTE RESPECTO A LA ACUSACION POR VIOLACION DE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES. — RESTITUCION DEL DINERO PERCIBIDO POR CONCEPTO DE PARTICIPACION EN LA CONCESION DE UNA MINA. — LA VENTA DE DERECHOS PRO INDIVISO EN INMUEBLES DEBE REGISTRARSE EN EL LIBRO 1º Y NO EN EL 2º

1.—El recurso de casación por la causal primera debe basarse siempre en violación de ley sustantiva o sustancial (C. J. Art. 520) y no de ley procesal.

A la violación de norma sustancial puede llegarse de dos maneras: o directamente, cuando la sentencia hiere el precepto sin consideración a la prueba de los hechos, sea por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea; o indirectamente cuando el sentenciador al apreciar una prueba incurre en error de hecho o de derecho, en el último caso, previa transgresión de la respectiva disposición probatoria.

Mas el recurrente tiene sobre sí la carga de proponer la violación que considera existente, dentro de uno u otro campo, y en ambos casos debe indicar el aspecto de la violación. Además, tratándose de violación indirecta debe precisar el error que alega, y cuando es de derecho expresar la norma probatoria transgredida. En todos los casos, por último, tiene que señalar las disposiciones sustanciales violadas.

2.—Todo cargo proveniente de errónea apreciación probatoria implica que se haya cometido por el sentenciador error evidente de hecho o error de derecho, pues en principio los dos errores no pueden invocarse respecto al mismo medio porque como se ha repetido muchas veces, el de hecho por este aspecto quiere decir que una prueba no se aprecie, y el de derecho que cierta prueba se aprecia en discordancia con las reglas legales de estimación, o sea que si ésta se produjo fue porque la prueba se apreció.

3.—Cuando un fallo se apoya en varias bases y los cargos del recurrente tienen fuerza para destruír algunas ,pero aquél puede sustentarse en otras que no han sido atacadas o respecto a las cuales no prospera la acusación, la sentencia no puede quebrarse en casación.

4.—La Ley 85 de 1945, para salvaguardiar derechos adquiridos, estableció en primer lugar que los terceros pueden oponerse a las propuestas de exploración y explotación de yacimientos de metales preciosos considerados por la Nación como reserva suya, siempre que la oposición se formule dentro de los tres meses siguientes a la publicación del aviso que debe darse de la propuesta respectiva. Presentada en tiempo la oposición, ella da lugar a un juicio ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente, el cual debe decidir si es el Estado o el opositor el dueño de la mina, juicio que cursa en segunda instancia ante la Corte Suprema. Es claro que si la oposición prospera, no habrá margen a la concesión; mas si no tiene éxito, queda definida la propiedad del yacimiento, lo que le permite a la Nación perfeccionar el contrato respectivo con el proponente.

Pero al mismo tiempo, en interés público la ley establece la extinción del derecho del tercero cuando no demanda en juicio ordinario a la Nación dentro del año si-

guiente a la entrega de la mina al concesionario, como consecuencia de la concesión. Es decir, que la sola circunstancia de no aducir oposición en el plazo antedicho, no determina la pérdida del derecho del tercero sobre la mina; sino que todavía la ley le ofrece otra oportunidad para debatir la cuestión, o sea demandar a la Nación en el plazo anteriormente especificado. Sólo cuando el tercero tampoco hace uso de esta facultad, se producirá la extinción de su derecho.

5.—Sea el momento de transcribir la doctrina que la Corte ha mantenido respecto a la acusación por violación de disposiciones constitucionales: "Las disposiciones de la Constitución, en general, no son susceptibles de la violación que da origen y procedencia al recurso de casación por el motivo 1º del artículo 520 del Código Judicial, porque aunque es indudable su naturaleza fundamentalmente sustantiva, tales normas, en su carácter de moldes jurídicos superestructurales, de ley de leyes, según la expresión de Montesquieu, carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales que pudiera hacerlas víctimas de quebranto en las sentencias, en el sentido estricto que a este fenómeno reconoce el recurso de casación.

"De esto resulta que, por regla general, a la violación de los preceptos y principios de la Carta no puede llegarse sino a través de la violación de disposiciones de la ley, que no pueden entenderse sino como desarrollo de las normas constitucionales.

"Así es en doctrina. Pero en tratándose de las disposiciones que integran el Título III de la Constitución Nacional, "sobre derechos civiles y garantías sociales", sí es posible que sirvan de base a la casación, porque una disposición expresa ha bajado, por decirlo así, tales reglas de la superestructura constitucional a la zona de la simple legalidad y por ese aspecto las normas de tal Título pueden ser materia de violación y dar lugar a la casación. Así está dicho en el artículo 7º de la Ley 153 de 1887, dictado en desarrollo y cumplimiento del artículo 49 de la Carta (LIV, 111).

Esta doctrina ha merecido el reparo de que determinadas normas constitucionales como el artículo 8º, que determina quiénes son nacionales colombianos, el 11 sobre derechos de los extranjeros; el 12 sobre capacidad, reconocimiento y régimen de las personas jurídicas, e incluso el 26 que ordena el cabal cumplimiento de las formas propias de cada juicio, pueden obrar directamente en los procesos civiles y no a través de leyes que los desarrollen, fuera de que el artículo 215 de la Carta que ordena al Juez aplicar la disposición constitucional cuando una legal le sea contraria puede ser conculcado (Conferencias sobre Técnica de Casación Civil y Laboral dictadas por el doctor Alberto Zuleta Angel en la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora de Rosario, año de 1956, página 35). La crítica es exagerada pues la doctrina dice "por regla general" de modo que acepta casos de aplicación directa de la Carta.

6.—El artículo 6º de la Ley 85 de 1945, en garantía de terceros autoriza a los dueños de minas situadas dentro de las zonas que sean otorgadas en concesión, siempre que las estén explotando, a ejercer las acciones posesorias de perturbación y despojo en las condiciones y términos esablecidos por el Código de Minas, términos que comienzan a contarse desde la fecha de la entrega.

El mencionado artículo, en su inciso 2º reza: "Los dueños de minas que no están en explotación podrán exigir a la Nación en el caso de que obtengan sentencia favorable en el juicio ordinario, la devolución de las cantidades recibidas por ésta por concepto de participación en las concesiones y no tendrán derecho a indemnización o reintegro alguno por parte del concesionario".

Es decir, que en caso de que el titular de una mina que no la estaba explotando haga uso del derecho de demandar a la Nación de acuerdo con el artículo 5º de la ley referida, y obtenga éxito en el juicio ordinario consiguiente, tiene derecho a que la Nación le restituya el dinero percibido por concepto de participación en la concesión, pero no tiene derecho a pedir indemnización o reintegro por parte del concesionario por este concepto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto el 30 de noviembre de 1957, en el juicio ordinario promovido por Porfirio Díaz del Castillo frente a la "Compañía Minera de Nariño S. A.".

ANTECEDENTES

1º Con fecha 29 de diciembre de 1938 Porfirio Díaz del Castillo y Burton Isenor, el último diciéndose Gerente de la "Compañía Minera de Nariño S. A.", suscribieron un documento privado, que se protocolizó por escritura número 3336 de 11 de septiembre de 1955 de la Notaría 1ª de Cali, que reza en lo pertinente:

"**Primero**. Porfirio Díaz del Castillo, como condueño de la mina "Cargazón", por ser legítimo propietario de una cuota parte de ella, autoriza a la "Compañía Minera de Nariño S. A."..... para que a nombre del autorizante, establezca trabajos de prospectación con taladros en las vegas o parte baja de dicha mina "Cargazón" que se encuentra ubicada en esta jurisdicción de Barbacoas y comprendida dentro de los siguientes linderos (aquí ellos).

"**Segundo.** Burton Isenor... acepta la autorización y se compromete por cuenta del señor Díaz del Castillo a verificar la prospectación de las vegas o parte baja de la mina "Cargazón" en la forma de la cláusula **Primera** y en el término de cuatro meses, contados a partir de la fecha de este contrato, plazo que puede ser prorrogado a voluntad de los contratantes, aún tácitamente, mediante el pago de $ 250.00 mensuales.

"**Tercero**. Díaz del Castillo se compromete durante el término de la prospectación a no negociar sus derechos en la mina "Cargazón", con persona distinta de la Compañía Minera de Nariño y manifiesta que después de la prospectación preferirá a dicha compañía en igualdad de condiciones, siendo de advertir que caso de venta, se procederá al otorgamiento de la respectiva escritura, previo arreglo del precio de las acciones de Díaz del Castillo, en la citada mina.

"**Cuarto.** La Compañía Minera de Nariño se compromete a pagar a Díaz del Castillo la suma de doscientos cincuenta pesos mensuales por concepto de la ocupación y perforaciones de las vegas que van a prospectarse. Dichas mensualidades, las pagará la Compañía a Díaz del Castillo en la forma siguiente: $ 500.00 al firmarse el presente contrato, los cuales manifiesta Díaz del Castillo haber recibido a su entera satisfacción, y a fines del mes de enero de 1939 los $ 500.00 restantes, imputables a las dos últimas mensualidades. **Parágrafo.** La Compañía Minera tendrá facultad para entrar en la mina "Cargazón" y tomar cualquier material aplicable a los trabajos de prospectación".

2º Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Barbacoas Porfirio Díaz del Castillo demandó en juicio ordinario a la Compañía Minera de Nariño S. A." para que se le condenara a pagarle las siguientes cantidades:

Primera. La de $ 51.500.00 por el valor de 206 meses vencidos a $ 250.00 cada uno, según contrato de 29 de diciembre de 1938 celebrado por el Gerente de la Compañía Burton Isenor y el demandante, junto con sus intereses legales.

Segunda .La de $ 250.00 por mes, según la cláusula segunda del mismo contrato, hasta el día en que la sociedad demandada cancele totalmente la anterior obligación, y sus intereses legales.

Tercera. La que comprenda las participaciones que corresponden al demandante por la extracción del oro de las vegas de la mina de "Cargazón", según trabajos ya efectuados por la citada compañía, de acuerdo con los libros de contabilidad llevados por ésta y las demás pruebas autorizadas por la ley.

En subsidio pidió que la condena a cargo del demandado y a favor del actor recaiga sobre la suma de $ 250.00 desde el 29 de abril de 1939 hasta la fecha en que se cancele legalmente la obligación contraída por la Sosiedad Minera de Nariño en el mencionado contrato y sus respectivos intereses, y que se condene en abstracto a la Compañía demandada a pagar al actor la participación que a éste corresponde como condueño de la mina "Cargazón" por el dragado de las vegas, durante todo el tiempo del laboreo, a reserva de fijar su importe por el trámite previsto en el artículo 553 del C. J.

Las afirmaciones de la demanda, en lo pertinente, pueden resumirse así:

A. Conforme al contrato ya transcrito, de 29 de diciembre de 1938, la sociedad demandada reconoció al actor el carácter de condueño en la mina "Cargazón" y se obligó a pagarle la suma de $ 250.00 mensuales por el permiso que aquél le concedió para "prospectar" las vegas de tal mina, así como para entrar en ella a fin de tomar los materiales necesarios con dicho objetivo. A cuenta del precio indicado Porfirio Díaz del Castillo recibió la suma de $ 1.250.00.

B. Los títulos del demandante en la mina, que la demanda discrimina, fueron estudiados por la Compañía y hallados inobjetables, hasta el punto que la sociedad no ha encontrado tropiezo "para iniciar y terminar sus trabajos en tal mina".

C. Aprovechando la ausencia del demandante y sin darle participación alguna, la sociedad demandada "a la sombra de la prórroga tácita que contempla la cláusula segunda del contrato de Permiso anotado... ha dragado en su totalidad las vegas de la mina" citada, labor que hace poco tiempo culminó derivando grandes utilidades, como lo acreditan sus libros y es de pública notoriedad.

D. Porfirio Díaz del Castillo ha sufrido perjuicios de todo orden por el no pago de las correspondientes mensualidades previstas en el contrato en referencia y de las participaciones consiguientes.

3º El demandado se opuso, negó varios hechos, admitió otros y adujo las excepciones que denominó de inexistencia de la obligación, carencia de acción, inepta demanda, ilegitimidad de personería del actor y prescripción.

4º Tramitada la primera instancia, el Juzgado le puso fin por sentencia de 10 de julio de 1957 que negó las peticiones del libelo y absolvió al demandado de los cargos respectivos. Apelada por el demandante, fue confirmada por el Tribunal.

La sentencia recurrida.

Esta reposa sobre las siguientes bases:

a) El contrato que motiva la litis es de opción, mas le falta el precio de compra de los derechos opcionados; pero en el supuesto que no encajara en tal nomenclatura, se trataría de un contrato atípico que para respaldar las pretensiones del actor requería se hubiera prorrogado, y no aparece prórroga expresa o tácita, pues no se acreditó que la exploración de la mina se hubiera realizado después de los cuatro meses pactados entre las partes, con base en el mismo contrato, fuera de que tampoco se demostró la duración de esta explotación. La compañía admite que hizo explotación de la mina, pero fundada en el contrato celebrado con el Gobierno Nacional que obra en determinada escritura pública.

b) Por otro aspecto, se deduce de las cartas que la sentencia cita, que lejos de haberse producido prórroga tácita de la convención, ésta se terminó al vencimiento del plazo prefijado en ella, o sea a los cuatro meses. Por tal causa, desde dicha fecha Díaz del Castillo quedó liberado de la opción y la sociedad puso fin a la exploración de la mina.

c) Aún sin tener en consideración que varios títulos de los invocados por el demandante para fundamentar su derecho de condómino en la mina no se registraron legalmente, sucede que aquél enajenó sus derechos en ella a Benjamín Díaz del Castillo, de modo que carece de legitimación en causa en este juicio.

d) Pero en la hipótesis de que el actor tuviera el derecho de propiedad que alega, éste habría caducado en virtud del contrato de concesión celebrado por la Sociedad Minera de Nariño y el Gobierno Nacional para la explotación de la mina "Cargazón", contrato que se apoyó en la Ley 85 de 1945, artículo 5º, ya que Díaz del Castillo no formuló oportunamente oposición para debatir con la Nación tal derecho.

e) El mencionado contrato con el Gobierno aparece perfeccionado legalmente, y en todo caso el demandante no suministró la prueba de ninguna informalidad que pudiera viciar dicho convenio.

f) Sobre la base de que Díaz del Castillo estuviera legitimado para obrar en este asunto, la parte demandada no lo estaría, pues los perjuicios nacidos de la explotación de una mina de propiedad particular debe indemnizarlos la Nación, mas no el concesionario, conforme al artículo 6º de la Ley 85 citada.

EL RECURSO

Ocho cargos dentro de la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, se formulan contra la sentencia recurrida, los cuales se examinarán por separado, no sin anotar que la demanda de casación está muy lejos de atemperarse a las prescripciones legales y a los principios técnicos del recurso, como se irá destacando a medida que se avance en su estudio, con la advertencia que tales defectos no son imputables directamente al

abogado que la suscribe, quien dice en memorial que obra en el folio 32 de este cuaderno, que dicha pieza fue elaborada por otras personas, no obstante lo cual él la acoge "en cumplimiento de un deber profesional, ya que habiendo recibido el poder estando para vencerse el término del traslado al recurrente, era de todo punto imposible el estudio personal del voluminoso expediente formado con motivo de este juicio".

Primer cargo.

Se descompone en dos aspectos a saber:

a) Violación por falta de aplicación de los artículos 603, 607, 1.111, a 1.114 del Código Judicial. Esta impugnación se sintetiza así:

La Sociedad Minera de Nariño para liberarse del vínculo jurídico con el actor y de las consecuencias de la infracción del mismo no ocurrió, como debió hacerlo, al procedimiento consagrado en el Título XXXVII del Código Judicial, o sea el juicio de Restitución de la Cosa Arrendada a Petición del Arrendatario, lo que determina la transgresión de las disposiciones legales sobre el particular.

Se considera:

Sin necesidad de relievar que el recurrente denomina el contrato "arrendamiento", no obstante que la demanda del juicio lo tilda de "permiso de exploración" o de "prospectación", basta para rechazar el argumento recordar que el recurso de casación por la causal primera debe basarse siempre en violación de ley sustantiva o sustancial (Código Judicial artículo 520) y no de ley procesal, y que los preceptos que cita el recurrente pertenecen a la última categoría, pues no reconocen derechos privados sino organizan un tipo de proceso especial, y fuera de que los atinentes a pruebas no inciden en el cargo por ningún aspecto.

b) Violación de los artículos 757, 769, 762, 780, 1.494, 1.495, 1.524, 1.602 a 1.604, 1.606, 1.618, 1.622, 1.623, 1.757, 1.768 y 1.769" y demás concordantes del Código Civil por falta de aplicación y errónea apreciación del contrato celebrado entre la Minera de Nariño y Porfirio Díaz del Castillo, error de hecho y de derecho en que ha incurrido el Tribunal...".

El fundamento se concreta en la forma que sigue:

El Tribunal expresa que la manifestación hecha en el contrato de que Porfirio Díaz era dueño en proindiviso de la mina "Cargazón" no acredita tal dominio, confundiendo así este derecho con la posesión, y olvidándose que el poseedor puede arrendar ésta y no necesita de título inscrito para disponer de lo que posee. La compañía reconoció la posesión de Díaz del Castillo al firmar el contrato, y éste es ley para las partes según el Código Civil. La sentencia acusada al desechar el contrato no estudió la confesión del apoderado de la compañía al contestar la demanda ni analizó la diligencia de absolución de posiciones del gerente de la empresa que destaca la prórroga tácita del contrato, ni la carta del señor Isenor agregada al expediente con el alegato de conclusión del actor "todo lo cual ruego se analice y se tenga en cuenta por la H. Corte".

Se considera:

A la violación de norma sustancial puede llegarse de dos maneras: o directamente, cuando la sentencia hiere el precepto sin consideración a la prueba de los hechos, sea por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea; o indirectamente cuando el sentenciador al apreciar una prueba incurre en error de hecho o de derecho, en el último caso, previa transgresión de la respectiva disposición probatoria.

Mas el recurrente tiene sobre sí la carga de proponer la violación que considera existente, dentro de uno u otro campo, y en ambos casos debe indicar el aspecto de la violación. Además, tratándose de violación indirecta debe precisar el error que alega, y cuando es de derecho expresar la norma probatoria transgredida. En todos los casos, por último, tiene que señalar las disposiciones sustanciales violadas.

En el aspecto del cargo que se analiza el recurrente no cumple con varias de las reglas anteriores; pero la Corte obrando con amplitud, ya que son frecuentes las demandas de casación carentes de técnica, examina el cargo por el lado que se acomode más a la violación que sugiere el impugnador.

En este caso parece que la violación planteada es la indirecta, pues se deriva de que el Tribunal no apreció el contenido del contrato materia de la litis, ni la contestación de la demanda, ni las posiciones absueltas por el gerente, ni la carta de éste agregada al proceso por el apoderado del demandante cuando alegó ante el Juzgado, piezas que solicite el recurrente sean apreciadas por la Corte. Además, dentro del ámbito del error de derecho es que se explicaría el planteamiento de infracción de los artículos 603 y 607 del Código Judicial, incluídos en el primer aspecto, pues la

violación de normas sobre pruebas por sí sola no es suficiente porque ellas no son propiamente de carácter sustancial.

Ya se vio que la nomenclatura que el Tribunal asigna al contrato no fue determinante de la sentencia, la cual en suma encontró que éste no se había prorrogado, sino que, por el contrario, se terminó como lo acredita una serie de cartas que las partes se cruzaron.

Si la pretensión principal del juicio es el pago de la suma de $ 250.00 por mes por el permiso de exploración de la mina, a partir de la fecha que se acordó como término del convenio, pues el demandante considera que éste se prorrogó después de tal fecha, es claro que mientras no se ataque por error de hecho o de derecho la apreciación del fallador de instancia respecto a las cartas mencionadas, dicho soporte continúa sosteniendo la sentencia.

Es sabido que cuando un fallo se apoya en varias bases y los cargos del recurrente tienen fuerza para destruír algunas, pero aquél puede sustentarse en otras que no han sido atacadas o respecto a las cuales no prospera la acusación, la sentencia no puede quebrarse en casación.

Por otra faz sucede que el recurrente se guarda de indicar concretamente cuáles pasajes de la contestación de la demanda o de las posiciones implican confesión sobre prórroga tácita o expresa del contrato; y en cuanto a la carta de Burton Isenor, ya referida, basta anotar, sin entrar en el análisis de su contenido que está muy lejos de implicar dicha confesión, que tal documento no fue allegado a los autos en ninguno de los eventos previstos por el artículo 597 del Código Judicial, por lo cual mal podía ser apreciado por el juzgador.

La Sala anota que en la contestación de la demanda no hay ninguna confesión sobre prórroga. Por el contrario, al referirse al susodicho contrato el apoderado demandado dice: "Sinembargo, este convenio tuvo una duración de cuatro meses y la compañía expresamente lo dio por terminado por medio de carta de 28 de abril de 1939.... copia del cual se acompaña al presente memorial".

En cuanto a las posiciones absueltas por el gerente de la sociedad demandada en el término probatorio de primera instancia, fuera de que el actor no indica cual de sus respuestas envuelve confesión sobre prórroga del contrato, la Corte no halla ninguna que tenga tal trascendencia. La única relacionada directamente con este punto es la Cuarta que dice todo lo contrario. Su tenor es como sigue: "De acuerdo con la cláusula segunda del contrato que se me ha exhibido celebrado entre el señor Díaz del Castillo y el señor Burton Isenor se trataba de un permiso concedido por Díaz del Castillo para que el señor Isenor hiciera por cuenta del señor Díaz del Castillo exploración en la mina "Cargazón" durante cuatro meses. El documento tiene fecha 29 de diciembre de 1938, por lo cual no es cierto que estuviera vigente en 1951".

Lo anterior es suficiente para desechar el cargo; mas la Corte considera conveniente transcribir el contenido de la carta de 18 de agosto de 1941 escrita por Porfirio Díaz del Castillo a la compañía y reconocida por éste que dice, en lo pertinente: "Ayer en el Hotel Alférez Real tuve el agrado de conversar con el señor Marshal y de esa charla resolví dirigirle la presente carta, que va a recordarle la oferta que usted tuvo a bien hacerme la vez última que estuve en Barbacoas, de celebrar un nuevo contrato de permiso para terminar los estudios de las vegas de "Cargazón". El señor Marshal me significó que a usted escribiría sobre el particular lo más brevemente posible. Ojalá tuviera usted la gentileza de avisarme si podemos reanudar el contrato sobre las vegas de "Cargazón", cuyo completo estudio es interesante a la Minera, especialmente" (Folio 3, cuaderno 3).

Es claro que si el demandante consideraba que el contrato subsistía, no tenía por qué proponer se reanudara o se celebrara otro en el mismo sentido, de modo que por lo menos para entonces Díaz del Castillo admitía la finalización de aquél, como concluyó el Tribunal con fundamento en dicha carta y en varias otras que cita.

Por último ,si la petición primera subsidiaria de la demanda del juicio solicita el pago de $ 250.00 por mes desde el 29 de abril de 1939, o sea desde el día siguiente al término del contrato, es porque el actor considera que no hubo prórroga tácita derivada del pago de nuevas mensualidades, a pesar de que dice en el hecho 9º de la misma haber recibido una más de las cuatro previstas en el documento.

Segundo cargo.

Violación de los artículos 70, 89 y 90 del Código de Minas, "en relación con los artículos 757, 762, 684, 1.502, 1.503, 1.509, 1.602 y concordantes del Código Civil, por desconocimiento de los mismos

y errónea apreciación de hecho y de derecho de los títulos legítimos del demandante, que corren en el respectivo cuaderno de pruebas de éste".

El fundamento puede compendiarse en esta forma: El Tribunal sostiene que al actor correspondía dar la prueba del dominio alegado sobre la mina "Cargazón"; pero tal entidad no revisó siquiera el título de dicha mina y las demás pruebas, entre ellas la hijuela de Díaz del Castillo, que aparecen en el expediente y que según la demanda, demuestran la expresada propiedad.

Se observa:

De la estructuración del cargo se desprende que consiste en violación indirecta, por inaplicación, pues a esto equivale lo que se denomina "desconocimiento", de las normas sustanciales supradichas, como consecuencia de la falta de apreciación de los títulos de la mina que obran en autos.

El recurrente no indica cuáles títulos son los que considera desconocidos, lo que le correspondía según el aparte segundo del inciso primero del artículo 520 del Código Judicial, que dispone que en caso de error en la apreciación "de determinada prueba" debe alegarse sobre este punto, lo cual indica que es menester señalar la prueba que se dejó de apreciar o que fue falsamente apreciada.

Pero pasando por alto tal defecto, ocurre que todo cargo proveniente de errónea apreciación probatoria implica que se haya cometido por el sentenciador error evidente de hecho o error de derecho, pues en principio los dos errores no pueden invocarse respecto al mismo medio porque como se ha repetido muchas veces, el de hecho por este aspecto quiere decir que una prueba no se aprecie, y el de derecho que cierta prueba se aprecie en discordancia con las reglas legales de estimación, o sea que si ésta se produjo fue porque la prueba se apreció.

En el presente asunto el Tribunal sí estimó los títulos invocados globalmente por el demandante, lo cual excluye el error de hecho; pero si se trata de que dicha estimación se aparta del valor probatorio de tales documentos, sucede que el recurrente no explica en qué consistió el error ni la norma probatoria transgredida, punto en el cual la Corte no puede sustituírlo, porque el error concreto debe alegarse, de acuerdo con el artículo 520 del C. J., numeral 1º, inciso 2º.

Lo expuesto serviría para rechazar el cargo; mas para demostrar que los títulos sí se apreciaron por el Tribunal y que el recurrente no ataca los motivos en que aquél se fundó para desecharlos, se transcriben los siguientes apartes de su sentencia:

"No hace falta examinar más títulos para llegar a las siguientes conclusiones: a) Está probado que Clodomiro Díaz del Castillo vendió sus derechos en la mina "Cargazón" mediante escritura debidamente inscrita, al doctor Miguel B. Muñoz. Respecto a la alegada simulación de este contrato resulta inoperante, porque uno de los contratantes, el doctor Miguel B. Muñoz, no es parte en este juicio; y además la simulación no sería oponible a terceros, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.766 del Código Civil. b) Aquí se rompe la cadena de los títulos para establecer la propiedad del actor, porque la escritura que contiene el contrato de compraventa celebrado entre el doctor Miguel B. Muñoz con Margarita R. de Díaz del Castillo no aparece inscrita en la oficina de Barbacoas. La enajenación hecha por Margarita R. viuda de Díaz del Castillo a Porfirio Díaz del Castillo aparece inscrita en Tumaco, en lugar de haberlo hecho en Barbacoas, en donde se encuentra ubicada la mina. Al actor le correspondía haber demostrado la existencia de la antigua inscripción de la escritura en Barbacoas, o cuando menos, en vista de la destrucción de los archivos de la Oficina de Registro, obtener una nueva inscripción del título en el Libro número 1º del Circuito citado. Bastaría, pues, lo expuesto para desechar las súplicas de la demanda en cuanto al pago de los perjuicios con fundamento en la propiedad de una cuota parte en la mina "Cargazón", porque de nada le sirve la hijuela de adjudicación de esos derechos en las sucesiones acumuladas de Clodomiro Díaz del Castillo y de Margarita R. de Díaz del Castillo, una vez que aquél vendió válidamente sus derechos, o sea, en este proceso está probado que el causante del actor enajenó tales derechos, sin que hubiesen reingresado al patrimonio de la sociedad conyugal. En la hipótesis de que las tradiciones sobre las cuotas partes de la mina fuesen inobjetables, con inscripciones eficaces, el derecho de dominio de Porfirio Díaz del Castillo aparecería enajenado a Benjamín Díaz del Castillo de acuerdo con los títulos antes enumerados. Nótese que en la escritura número 118 de 26 de junio de 1924, la vendedora dejó constancia de que la cuota la compró con dineros donados por Alfonso Otero, con el fin de aplicar el artículo 1.783 del Código Civil; y esta declaración bien podría oponerse al

comprador Porfirio Díaz del Castillo, por lo dispuesto en el artículo 1.759 del C. C.".

Es fácil darse cuenta de que no se ha propuesto que el Tribunal errara en la apreciación de la escritura de venta de Clodomiro Díaz del Castillo a Miguel Muñoz; ni que violara las normas sobre simulación; ni que se equivocara al apreciar el registro de la venta de Muñoz a Margarita de Díaz del Castillo; ni que dicho aserto conculcara directamente normas sustanciales concretas; ni que infringiera éstas al exigir la prueba de la inscripción de tal venta en Barbacoas o ignorara la prueba de ella o la apreciara en desacuerdo con la ley; ni que la hijuela referida tuviera trascendencia diferente a la que el Tribunal le dio; ni que éste incurriere en error en su razonamiento sobre la operancia de los artículos 1.783 y 1.759 del C. C. De modo que las bases del fallo subsisten y el cargo no prospera.

Tercer cargo.

Violación de los artículos 635 del Código Judicial, "275 del Código de Minas, ampliado por el artículo 32 de la Ley 292 de 1875"; 68 de la Ley 63 de 1936 "con sus concordantes"; 73 del Código de Minas del Cauca de 1879; 16, 30, 150, 199, 202 de la Constitución de 1886; 2º de la Ley 50 de 1936; 1.602, 2.657, 2.658, 2.668, 2.600 a 2.605 "y demás pertinentes del Código Civil que tienen relación directa con los artículos y leyes mencionadas en este mismo párrafo".

El fallo según la impugnación viola estas normas por falta de aplicación "y por errónea apreciación de hecho y de derecho de la precitada escritura 35 de 1906 expedida, como se ve en los autos, por el Secretario del Juzgado mixto del Circuito de Barbacoas".

El cargo se resume así: la sentencia acusada dice que la escritura antes citada contiene la venta que hizo Clodomiro Díaz del Castillo de sus derechos en la mina mencionada varias veces a Miguel Muñoz y que la venta hecha por Muñoz a Margarita R. de Díaz del Castillo no aparece inscrita en Barbacoas. Pero el Tribunal no tuvo en cuenta el certificado del Registrador de Barbacoas que expresa que por tal escritura **Teodomiro** Díaz del Castillo fue quien vendió sus derechos a Muñoz y que en el Libro número 1º bajo la partida 20 de 1924, figura el registro de la escritura que contiene la venta de tales derechos efectuada por Miguel Muñoz a Margarita de Díaz del Castillo. El Tribunal dejó así de apreciar estas pruebas e incurrió en violación de ley sustantiva, según el recurrente, pero éste no expresa la norma violada.

Considera entonces el recurrente que quien vendió los derechos en la mina a Miguel Muñoz fue **Teodomiro** y no Clodomiro Díaz del Castillo y que la venta hecha por Muñoz a Margarita de Díaz del Castillo sí se registró legalmente.

Por otra parte, estima que la copia de la escritura 35 de 1906 no puede admitirse, pues adolece de nulidad absoluta porque no coincide el nombre del vendedor con el que aparece en el certificado del Registrador; porque proviene del Secretario del Juzgado del Circuito de Barbacoas siendo así que las únicas copias con fuerza legal son las que expiden los notarios, de modo que en últimas constituye copia de copia que no es de recibo, y porque la copia "dice que el registro se efectuó... en el Libro 2º, cuando tal registro de venta de derechos debió hacerse en el Libro 2º (sic) tal como lo tiene establecido la H. Corte Suprema".

Se considera:

El cargo igualmente se funda en error de apreciación probatoria y peca de igual defecto que los anteriores, o sea que presenta al tiempo sobre los mismos medios los errores de hecho y de derecho, el segundo de los cuales está descartado respecto a la escritura referida que sí se tuvo en cuenta por el Tribunal, y el primero en relación con el certificado señalado que en realidad no se consideró. Por esto se analiza el cargo por el primer error respecto a éste y por el segundo en relación con aquélla.

Por escritura número 135 de 29 de noviembre de 1906 pasada en la Notaría de Barbacoas, Pastor y Clodomiro Díaz del Castillo aparecen vendiendo sus derechos en la mina "Cargazón" a Miguel B. Muñoz por la suma de $ 5.000.00 que declaran recibidos del comprador, a satisfacción. La copia reproduce la Nota de Registro, el cual se efectuó en el mismo Circuito el 29 de noviembre del citado año, según partida 394 del Libro número 1º, folio 45 vuelto.

Este es el instrumento a que se refiere el Tribunal en primer lugar, para deducir que Clodomiro Díaz del Castillo vendió sus derechos en la mina y por tanto nada dejó al morir respecto a ella, de modo que el título de Porfirio Díaz del Castillo carece de eficacia.

El recurrente aludé al certificado de 30 de noviembre de 1937 del Registrador de Barbacoas el cual dice que en el Libro 1º de 1906 bajo la par-

tida 193 de 29 de noviembre de aquel año aparece el registro de la venta de Teodomiro Díaz del Castillo a Miguel B. Muñoz, para concluír que la venta la hizo **Teodomiro** y no Clodomiro Díaz del Castillo, de modo que el Tribunal erró de hecho al no conisderar esta probanza que en su opinión acredita que Clodomiro no vendió a Muñoz sus derechos en la mina.

En primer término se advierte que la prueba de la venta de los referidos derechos es la escritura pública citada y no el certificado del Registrador; que en ella aparece como vendedor Clodomiro y no Teodomiro Díaz del Castillo y que el impugnador no alega que tal instrumento adolezca de error en el nombre del vendedor.

Pero hay algo más: en el supuesto de que en instancia se hubiera debatido tal punto, ocurre que el Tribunal no sólo por esta causa desecha los títulos del actor en la mina "Cargazón", sino que, como se ha transcrito antes, considera que en virtud de la venta efectuada por Porfirio a Benjamín Díaz del Castillo mediante escritura número 264 de 14 de junio de 1932 de la Notaría Tercera de Cali, el primero quedó sin derecho alguno en la mina, lo que le impide formular con éxito la petición sobre perjuicios por indebida explotación. Vale decir, que aunque tuviera razón el recurrente en la acusación examinada, el fallo se sustentaría en esta otra base cuya estructura no cede, como luégo se verá, por lo cual el ataque incidiría en la resolución. Y esto sin contar con el argumento final del Tribunal, o sea que la falta de legitimación para obrar en la parte demandada, aun en el supuesto de que el actor hubiera comprobado satisfactoriamente sus títulos en la mina, impediría fallo favorable respecto a los perjuicios pedidos.

La segunda faz del cargo consiste en apreciación errónea de la escritura número 35 de 29 de noviembre de 1906 que contiene la venta de Clodomiro Díaz del Castillo a Miguel B. Muñoz de los derechos del primero en la mina "Cargazón", pues tal instrumento obra en copia expedida por el Juzgado de Barbacoas, de manera que constituye copia de copia, inadmisible probatoriamente.

La Sala estima que aún en la hipótesis de que el cargo fuera fundado, tampoco estaría llamada a prosperar, porque la sentencia seguiría sosteniéndose cuando menos en la venta realizada por Porfirio a Benjamín Díaz del Castillo de sus derechos en la mina.

Para finalizar se advierte que la última faz del cargo que se resume en que el Registro de la escritura de venta de Clodomiro Díaz del Castillo a Muñoz no se ajusta a la ley, pues se hizo "en el Libro número 2º cuando tal registro de venta de derechos debió hacerse en el Libro número 2º", aún interpretando que lo que el recurrente quiso decir fue que se registró indebidamente en el Libro 1º, carece de asidero legal por iguales razones. Mas no sobra anotar que la venta de derechos proindiviso en inmuebles debe registrarse en el Libro Primero y no en el Segundo, y que la cita que hace el recurrente de doctrina de la Corte en sentido contrario no se acomoda a la realidad, pues en el fallo mencionado y mal citado (porque figura en el Tomo LXXIX y no en el LXXXIX), esta Corporación lo que resolvió fue que las escrituras de traspaso de derechos hereditarios se registran en el Libro número Segundo "porque no versan sobre traspaso, modificación, gravamen o limitación del dominio de inmuebles, para ser inscritas en el Libro número 1º...." (G. J. número 2.149, página 195). Y se vio que la escritura de 1906 no contiene venta de derechos hereditarios, sino de derechos proindiviso en determinado bien inmueble.

Cuarto cargo.

Violación de los artículos 740, 749, 750, 1.602, 1.618 y 1.621 del Código Civil, en armonía con los artículos 16, 18, 30 y 150 de la Constitución.

El cargo se sintetiza así:

La escritura número 264 de 14 de junio de 1932 de la Notaría Tercera de Cali no contiene como dice el Tribunal la venta de Porfirio a Benjamín Díaz del Castillo de los derechos de dominio del primero en la mina "Cargazón", sino de los derechos que correspondían a Margarita de Díaz del Castillo al liquidar la sucesión de Clodomiro Díaz del Castillo, padre de Porfirio. Por tanto, la sentencia apreció erróneamente dicho instrumento, el cual, además, ha debido registrarse en el Libro Segundo, lo que vino a producir la transgresión de las normas antecitadas, las que también se violaron directamente.

Se considera:

En primer lugar se precisa que el cargo descansa en violación indirecta de las normas sustanciales precitadas, ya que parte de la base de que fue apreciada erróneamente la escritura de venta de Porfirio a Benjamín Díaz del Castillo que se cita, por lo cual se produjo error de hecho y de derecho. En segundo lugar se advierte que al proponer simultáneamente en relación

con la misma prueba los dos errores, la demanda de casación incurre en la falta de técnica que se ha venido anotando desde atrás. Y en cuanto pretende violación directa de las indicadas normas, la acusación no es de recibo, ya que ella se fundamenta sólo en los errores anotados, esto es, que se circunscribe a la infracción indirecta.

Por medio de la escritura referida Porfirio Díaz del Castillo dice que es dueño de derechos "y acciones" en la mina de oro "Cargazón" o "San Ildefonso" ubicada en Barbacoas, los cuales vende a Benjamín Díaz del Castillo por la suma de doscientos pesos, que declara recibidos a satisfacción. Agregan los contratantes que respecto a la mina existe un contrato de opción de compra a favor de E. K. Klaussman que el vendedor se obliga a respetar, en forma que si dicha opción llegare a producir efecto la venta se resolverá.

Luego, no se vendieron derechos hereditarios, ni mucho menos los que pudiera tener Margarita de Díaz del Castillo en la sucesión de su marido, como lo afirma, contra la evidencia de la escritura, la demanda de casación.

Así las cosas, no hay error de hecho en la interpretación del contrato, como tampoco existe error de derecho en cuanto fue apreciado por el Tribunal no obstante hallarse ilegalmente registrado, pues figurando en él una venta de derechos en determinado inmueble, debía inscribirse en el Libro número 1º, como se expresó en el examen del cargo anterior, y no en el número 2 como expresa el recurrente.

Quinto cargo.

Violación de los artículos 1.602, 1.759, 1.781, inciso 3º, 1.783, 2.149, 1.505, 1.795 y 1.843 del Código Civil, derivada de error de hecho y de derecho en la apreciación de la escritura número 118 de 26 de junio de 1924 de la Notaría de Tumaco, que se interpretó indebidamente. El recurrente sostiene que el Tribunal considera que tal escritura expresa que Margarita de Díaz del Castillo adquirió por donación lo que en verdad le vendió el doctor Miguel B. Muñoz por medio de la escritura número 29 de 17 de enero de 1919 de la Notaría 1ª de Cali.

Se considera:

Por la escritura primeramente citada Margarita de Díaz del Castillo vende a Porfirio Díaz del Castillo por $ 200.00 que declara recibidos, "los derechos y acciones que poseo legalmente en la mina de oro denominada "Cargazón" ubicada en jurisdicción del Municipio de Barbacoas..., acciones y derechos que adquirí por compra según puede verse en el instrumento público número 29 de 17 de enero de 1919 otorgado en la Notaría Primera de Cali, compra hecha al doctor Miguel B. Muñoz". En dicha escritura se hizo constar, para los efectos del artículo 1.783 del Código Civil, que la vendedora adquirió los derechos en la mina "a virtud de la donación de la suma de dinero respectiva que le hiciera el doctor Alfonso Otero, por causa del matrimonio de su hija Margarita".

El Tribunal se limita implícitamente a anotar que tal declaración precisa que el precio de la compra que hizo la vendedora de los derechos enajenados a Porfirio proviene de una donación por causa de matrimonio, o sea que con ella se pretendió excluir el bien del haber de la sociedad conyugal. Mas en ningún momento la sentencia manifiesta que el doctor Miguel B. Muñoz hubiera donado sus derechos en la mina a Margarita de Díaz del Castillo; luego no hay errónea interpretación en el contenido del instrumento referido, que es el único aspecto que plantea el recurrente.

El cargo, pues, no puede prosperar.

Sexto cargo.

Violación de los artículos 1º y 5º de la Ley 85 de 1945 "en cuanto en el contrato de concesión no aparecen todos los documentos que allí se exigen para darle vida a tal contrato"; de los artículos 4º, 70, 72, 77, 89, 90 y 459 del Código de Minas; 1º, inciso 2º, de la Ley 153 de 1887; 16, 30, 150 y 202 de la Constitución de 1886, en relación con los artículos 1.757, 1.759, 2.328, 2.341, 2.342, 2.343, 2.356 y concordantes del C. C.

Esta violación, dice el impugnador, "resulta clara si se tiene presente que el Tribunal ha incurrido en error de hecho y de derecho al apreciar el contrato de concesión celebrado por la Minera de Nariño con el gobierno nacional...".

El recurrente insiste en que el mencionado contrato no contiene los documentos ordenados por los artículos 1 y 5º de la ley primeramente citada, por lo cual no se cumplieron los requisitos que tal norma exige para su validez, y arguye que la ley citada no puede tener efecto retroactivo y que la compañía minera incurrió en dolo al contratar con el gobierno. Por último, se afianza en que cuando la sociedad minera obtuvo la concesión la mina pertenecía a una comunidad entre Porfirio Díaz del Castillo y una sociedad

extranjera, conforme al contrato que "aparece con la demanda base de este juicio".

Se considera:

Incurre de nuevo el recurrente en la equivocación de alegar simultáneamente respecto a la misma prueba error de hecho y de derecho, y en relación con el último omite la norma probatoria transgredida, lo cual es suficiente para desechar el cargo, ya que aún obrando con amplitud, sería por el aspecto de error de derecho que habría que enfocar la acusación, porque el Tribunal sí tuvo en consideración el contrato de concesión mencionado. Lo demuestran los siguientes pasos de su fallo:

"Con el fin de agotar la materia del litigio, en el supuesto de que el demandante en virtud de la adjudicación hecha en las sucesiones dichas, tuviese la propiedad de una duodécima parte de la mina, su derecho habría caducado por la concesión hecha por el Gobierno Nacional a la Compañía Minera de Nariño, para la explotación de la mina, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 85 de 1945... Consta en la escritura pública número 1.330 de 16 de marzo de 1950, corrida ante el Notario Cuarto de Bogotá, suscrita por el Ministro de Minas a nombre del gobierno nacional con la Compañía Minera de Nariño que la entrega de la mina se llevó a efecto el 15 de febrero del año citado (1950); por tanto desde entonces hasta la notificación de la demanda, 6 de febrero de 1956..... ha transcurrido más de un año, o sea ha vencido el último plazo fatal fijado en el artículo 5º de la Ley 85 de 1945".

Y en cuanto al argumento de la ignorancia del Tribunal respecto a la prueba emanada del contrato acompañado a la demanda, se anota que éste no ha sido señalado como erróneamente apreciado o dejado de apreciar, ya que el cargo gira exclusivamente sobre el contrato de concesión celebrado entre la compañía demandada y el gobierno nacional. Por último, se advierte que como el Tribunal encontró completos los requisitos necesarios para la celebración de tal contrato, incumbía al recurrente indicar los que echa de menos, conforme al artículo 520 del Código Judicial, lo que no cumplió, por lo cual subsiste el aserto del Tribunal de que todas las exigencias legales resultan cumplidas.

Mas la Corte llevando al extremo su amplitud hace las siguientes observaciones:

Por medio de la escritura citada por el Tribunal el Gobierno Nacional y la Compañía Minera de Nariño celebraron un contrato de exploración y explotación de determinada región minera en la margen derecha del Río Telembí, que se consideró como reserva nacional, en la cual quedó incluída la mina "Cargazón", como se deduce del acta de entrega. Allí se advirtió que el contrato deja a salvo los derechos de terceros, que se demuestren legítimamente adquiridos. Por último, se expresó que dicho contrato requería para su validez la aprobación del señor Presidente de la República, previo dictamen favorable del Consejo de Ministros y la ulterior declaración del Consejo de Estado sobre que se ajusta a las autorizaciones legales. "Hecha esta declaración quedará perfeccionado y deberá elevarse a escritura pública, la cual se publicará en el Diario Oficial".

La aprobación del Presidente de la República se dio el 24 de septiembre de 1949 luégo de que el Consejo de Ministros conceptuó favorablemente el 23 de los mismos mes y año; el Consejo de Estado halló la convención acomodada a las autorizaciones legales, según providencia de 4 de noviembre de 1949.

Por otro lado, el acta de entrega suscrita en la mina "Cargazón" el 15 de febrero de 1950 reza que se cumplió la formalidad de la publicación del cartel respectivo por conducto del Alcalde de Barbacoas, comisionado por el Ministerio de Minas.

Así las cosas, desde el punto de vista externo se reúnen los requisitos legales sobre validez del contrato, máxime cuando el Consejo de Estado lo halló ajustado a las autorizaciones de la ley; culaquier objeción sobre ausencia de documentos para celebrarlo debía mostrarla y comprobarla el recurrente, según se explicó.

En cuanto al dolo invocado, sobra decir que ninguna acusación concreta en materia probatoria se enderezó por el recurrente.

No prospera, pues, la acusación.

Séptimo cargo.

Violación, por falta de aplicación, de los artículos 16, 26, 150, 199 (202 de la Constitución de 1886); 29 de la Ley 153 de 1887; y 459 del Código de Minas, en relación "con los artículos 2.683 y concordantes del C. C.".

Según el recurrente, los títulos de la mina "Cargazón" nacieron desde 1787 y no pueden desconocerse, por tratarse de derechos adquiridos; y como el Tribunal los desconoció, infringió los preceptos especificados.

Se considera:

La sentencia acusada dice sobre el particular: "En cuanto a la violación de los derechos adquiridos... basta copiar el artículo 28 de la Ley 153 de 1887 que dice: "Todo derecho adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra, pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley". Con posterioridad a la vigencia de la Ley 85 de 1945, se otorgó la concesión por parte del Gobierno Nacional, a la Compañía Minera de Nariño; y si tal acto perjudicaba a los presuntos propietarios de la mina, para conservar su derecho debían sujetarse a las normas de la nueva ley, es decir, formular las respectivas oposiciones en las dos oportunidades previstas en la citada ley, en los artículos 1º y 5º; mas si así no lo hicieron, suya es la culpa y no de la nueva ley, que perseguía la explotación de los metales preciosos, para que también estas propiedades particulares llenaran la función social correspondiente..... En resumen, el actor no ha probado el derecho de dominio sobre la mina "Cargazón" ni sobre una cuota parte de ella; si se admite la propiedad del actor respecto de una cuota parte de la mina, el derecho ha caducado conforme a lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 85 de 1945, es decir, en uno y otro caso, falta la legitimación en causa por activa".

Así las cosas, el Tribunal dio aplicación al artículo 28 de la Ley 153 de 1887, en relación con lo dispuesto por los artículos 1º y 5º de la Ley 85 de 1945, que en lo pertinente dicen:

Artículo 1º. "Admitida o escogida por el Ministerio del ramo una propuesta para explorar y explotar yacimientos de metales preciosos.... de la reserva nacional, se publicará un extracto de ella en el Diario Oficial, en un diario de Bogotá y en el periódico oficial de la capital del Departamento, Intendencia o Comisaría si lo hubiere, en donde se halle ubicada la zona minera de que se trata.... También se anunciará la propuesta en el Municipio de la ubicación del terreno, mediante cartel que se fijará en la Alcaldía por el término de un mes, durante el cual se pregonará por bando en tres días de concurso. Mientras no hayan transcurrido tres meses a partir del cumplimiento de las formalidades dichas, toda persona puede oponerse a que se celebre el contrato propuesto, presentando su oposición por escrito ante el Ministerio del Ramo o ante la respectiva Gobernación, Intendencia o Comisaría, y acompañando prueba aunque no sea plena, de los fundamentos de su oposición".

Artículo 5º "El presente dueño de los minerales o yacimientos materia de una propuesta, que no formule oposición a ésta dentro del término señalado por el artículo 1º, perderá definitivamente su derecho si no inicia la acción ordinaria correspondiente dentro del término de un año, que se contará a partir de la fecha en que al concesionario le sea entregada la zona concedida... Antes de hacerse la entrega, y con el solo objeto de dar noticia de ella a los interesados, se fijará un cartel en el Despacho de la Alcaldía del Municipio o de los Municipios en donde se encuentre el terreno respectivo. El término de la fijación será de quince días comunes y el cartel se hará conocer también por bandos que se leerán en los días de concurso que ocurran durante el término de fijación...".

Además, en garantía de terceros el artículo 6º de la misma ley autoriza a los dueños de minas situadas dentro de las zonas que sean otorgadas en concesión, siempre que las estén explotando, a ejercer las acciones posesorias de perturbación y despojo en las condiciones y términos establecidos por el Código de Minas, términos que comienzan a contarse desde la fecha de la entrega.

Es decir, que para salvaguardiar derechos adquiridos, la ley en cita estableció en primer lugar que los terceros pueden oponerse a las propuestas de exploración y explotación de yacimientos de metales preciosos considerados por la Nación como reserva suya, siempre que la oposición se formule dentro de los tres meses siguientes a la publicación del aviso que debe darse de la propuesta respectiva. Presentada en tiempo la oposición, ella da lugar a un juicio ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente, el cual debe decidir si es el Estado o el opositor el dueño de la mina, juicio que cursa en segunda instancia ante la Corte Suprema. Es claro que si la oposición prospera, no habrá margen a la concesión; mas si no tiene éxito, queda definida la propiedad del yacimiento, lo que le permite a la Nación perfeccionar el contrato respectivo con el proponente.

Pero al mismo tiempo, en interés público la ley establece la extinción del derecho del tercero cuando no demanda en juicio ordinario a la Nación dentro del año siguiente a la entrega de la mina al concesionario, como consecuencia de la concesión. Es decir, que la sola circunstancia de no aducir oposición en el plazo antedicho, no de-

termina la pérdida del derecho del tercero sobre la mina; sino que todavía la ley le ofrece otra oportunidad para debatir la cuestión, o sea demandar a la Nación en el plazo anteriormente especificado. Solo cuando el tercero tampoco hace uso de esta facultad, se producirá la extinción de su derecho.

Tal fue lo que el Tribunal consideró que tuvo lugar en el presente caso, pues no se comprobó ni que Porfirio Díaz del Castillo hubiese formulado oposición a la propuesta de la Compañía Minera de Nariño comprensiva de la mina "Cargazón", en el término del artículo 1º de la Ley 35 de 1945; ni que dicho señor hubiese promovido el juicio ordinario de que trata el artículo 5º **ibídem** frente al Estado, para debatir la propiedad del yacimiento. Por esta razón, la sentencia concluye en la pérdida o extinción definitiva del derecho del demandante sobre la mencionada mina, con lo cual no desconoce ningún derecho adquirido de aquél, sino que se limita a hacer actuar la norma que establece que a los derechos reales, entre los cuales figura el dominio, se aplican las disposiciones de la nueva ley en lo tocante a su extinción.

Por consiguiente, no se halla violación de las disposiciones legales mencionadas, anotándose de paso que el artículo 29 de la Ley 153 de 1887 nada tiene que ver con la cuestión planteada, pues se refiere a la posesión y el cargo descansa en el dominio; que el artículo 2.683 del Código Civil tampoco se relaciona con el punto propuesto, pues contiene la regulación del tránsito de la legislación civil anterior a la nueva, situación que no es materia de la acusación y que el 459 del Código de Minas es igualmente extraño al fondo del cargo.

En cuanto a los preceptos constitucionales que se dicen infringidos, se advierte que tampoco tienen relación con el meollo de la censura, pues se refieren, según la Codificación del Consejo de Estado, el primero al fin para el cual están instituídas las autoridades de la República; el segundo a las garantías para el juzgamiento de las personas en Colombia; el tercero a los requisitos para ser Magistrado de la Corte Suprema, y el último a la lista de bienes de propiedad de la Nación. El numeral 2º de éste en cuanto establece como de propiedad nacional las minas que pertenecían a los Estados Soberanos, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros por dichos Estados, pudiera tener relación con el cargo examinado, pero ya se ha visto que respecto a tales derechos se dio la debida aplicación al artículo 29 de la Ley 153 de 1887 que regula la materia.

Sea el momento de transcribir la doctrina que la Corte ha mantenido respecto a la acusación por violación de disposiciones constitucionales: "Las disposiciones de la Constitución en general, no son susceptibles de la violación que da origen y procedencia al recurso de casación por el motivo 1º del artículo 520 del Código Judicial, porque aunque es indudable su naturaleza fundamentalmente sustantiva, tales normas, en su carácter de moldes jurídicos superestructurales, de ley de leyes, según la expresión de Montesquieu, carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales que pudiera hacerlas víctimas de quebranto en las sentencias, en el sentido estricto que a este fenómeno reconoce el recurso de casación.

"De esto resulta que, por regla general, a la violación de los preceptos y principios de la Carta no puede llegarse sino a través de la violación de disposiciones de la ley, que no pueden entenderse sino como desarrollo de las normas constitucionales.

"Así es en doctrina. Pero en tratándose de las disposiciones que integran el Título III de la Constitución Nacional, "sobre derechos civiles y garantías sociales", sí es posible que sirvan de base a la casación, porque una disposición expresa ha bariado, por decirlo así, tales reglas de la superestructura constitucional a la zona de la simple legalidad y por ese aspecto las normas de tal Título pueden ser materia de violación y dar lugar a la casación. Así está dicho en el artículo 7º de la Ley 153 de 1887, dictado en desarrollo y cumplimiento del artículo 49 de la Carta" (LIV, 111).

Si bien esta doctrina ha merecido el reparo de que determinadas normas constitucionales como el artículo 8º, que determina quienes son nacionales colombianos, el 11 sobre derecho de los extranjeros; el 12 sobre capacidad, reconocimiento y régimen de las personas jurídicas, e incluso el 26 que ordena el cabal cumplimiento de las formas propias de cada juicio, pueden obrar directamente en los procesos civiles y no a través de leyes que los desarrollen, fuera de que el artículo 215 de la Carta que ordena al Juez aplicar la disposición constitucional cuando una legal le sea contraria puede ser conculcado (Conferencias sobre Técnica de Casación Civil y Laboral dictadas por el doctor Alberto Zuleta Angel en la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, año de 1956, página 35), en el presente caso

la crítica (que es exagerada pues la doctrina dice "por regla general" de modo que acepta casos de aplicación directa de la Carta) carece de repercusión, por las razones expuestas al precisar las normas constitucionales que se consideran transgredidas.

Por lo dicho, se desecha el cargo.

Octavo cargo.

Violación, por indebida aplicación, de los artículos 1º, 5º y 6º de la Ley 85 de 1945; de los artículos de la Constitución citados en el cargo anterior, así como del de la Ley 153 de 1887 mencionado allí; y de los artículos del Código de Minas especificados en el cargo 6º. También de los artículos del Código Civil referidos en dicho cargo y en el 7º; del inciso 2º del artículo 1º de la Ley 13 de 1937, del artículo 45 de la Ley 66 de 24 de septiembre de 1859 y del 73 del Código de Minas de 1879, leyes éstas expedidas por la Legislatura del Estado Soberano del Cauca. Por último, del artículo 473 del Código Judicial, y del artículo 22 de la Constitución. Dice el recurrente: "Todas las anteriores transgresiones de los mandatos del constituyente y del legislador las ha llevado a cabo el Tribunal de Pasto por errónea apreciación, de hecho y de derecho, del contrato de concesión minera que se ha citado atrás".

Se considera:

La sentencia recurrida, según se ha dicho, expresa: "Aún más, en el supuesto de que estuviera probada la legitimación en causa por activa, faltaría indudablemente la legitimación en causa por pasiva, porque los perjuicios de la explotación de una mina de propiedad particular debe indemnizarlos la Nación, mas no el concesionario, en virtud de que las regalías percibidas constituirían un enriquecimiento sin causa, principio que inspira el inciso 2º del citado artículo 6º de la Ley 85 de 1945".

Esta norma reza: "Los dueños de minas que no están en explotación podrán exigir a la Nación, en el caso de que obtengan sentencia favorable en el juicio ordinario, la devolución de las cantidades recibidas por ésta por concepto de participación en las concesiones y no tendrán derecho a indemnización o reintegro alguno por parte del concesionario".

Es decir, que en caso de que el titular de una mina que no la estaba explotando haga uso del derecho de demandar a la Nación de acuerdo con el artículo 5º de la ley referida, y obtenga éxito en el juicio ordinario consiguiente, tiene derecho a que la Nación le restituya el dinero percibido por concepto de participación en la concesión, pero no tiene derecho a pedir indemnización o reintegro por parte del concesionario por este concepto. Es decir, que en el supuesto de que Porfirio Díaz del Castillo hubiese iniciado y triunfado en juicio ordinario frente a la Nación sobre propiedad de una cuota parte de la mina "Cargazón", podría haber exigido que se le devolvieran las participaciones recibidas por ella con ocasión del contrato con la Compañía Minera de Nariño, pero en ningún caso ésta respondería de indemnización o reintegro alguno por tal motivo, que es lo que pide el demandante en la segunda petición de la demanda.

Y si ello es así, no se encuentra que el Tribunal hubiese apreciado erróneamente el contrato de concesión mencionado; fuera de que, por el aspecto de la técnica de casación el cargo habría que desecharlo, porque incurre en iguales defectos que los anteriores, pues fuera de alegar al tiempo error de hecho y de derecho respecto a una misma prueba, debiéndose enfocar la acusación por el segundo de tales errores puesto que la sentencia apreció el contrato, faltaría el señalamiento de la norma probatoria violada en primer término, que es requisito fundamental para analizar cargos de esta índole, como muchas veces se ha repetido.

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia pronunciada el treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete por el Tribunal Superior de Pasto.

Las costas del recurso, de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M.—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Manuel Cubides Romero, Conjuez.—**Jorge Soto Soto,** Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

EL CONCEPTO DE PROVOCACION NO EQUIVALE NI ENVUELVE LA IDEA DE IMPREVISION, SALVO CUANDO EL PROVOCADOR Y EL AUTOR DE LA RIÑA SE CONFUNDEN EN UNA MISMA PERSONA, CIRCUNSTANCIA QUE, DE SUYO, PLANTEA PARA EL PROVOCADO UNA SITUACION POR ENTERO INESPERADA A LA CUAL TIENE QUE HACER FRENTE

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio primero de mil novecientos cincuenta y nueve.

(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 4 de diciembre del año pasado por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga condenó a ALFONSO PRADA ANGARITA, como responsable del delito de homicidio en Pedro Acevedo Guarín, a la pena de ocho años de presidio y le impuso las penas accesorias del caso.

ANTECEDENTES:

En torno a la media noche de la comprendida entre el 28 y 29 de agosto de 1956 los hermanos Alfonso y Carmelo Prada, quienes estaban entregados a la bebida y al trato con meretrices, se encontraron con Pedro Acevedo el cual a su vez aquella noche se ocupaba de los mismos menesteres, en el prostíbulo llamado "Los Cisnes", situado en el barrio de tolerancia de Barrancabermeja. Este último al golpear una botella de cerveza contra el mostrador del bar, salpicó la cara de Carmelo, lo que dio lugar a ligero cambio de palabras entre los dos. Ese incidente, por el momento, no tuvo trascendencia, pero más tarde, cuando Alfonso Prada en compañía de una mujer se metió a una pieza, el incidente se convirtió en punto de partida para un conato de pelea entre los sujetos que lo protagonizaron, los cuales trataron de acometerse allí mismo a botella, empeño que se frustró porque Carmelo dejó el prostíbulo seguido de Acevedo. Rato después aquél regresó a "Los Cisnes", esperó a que su hermano Alfonso saliera de la pieza donde estaba con la mujer, le refirió lo acaecido con Acevedo Guarín y a continuación dejaron el lugar. Transcurridos unos pocos minutos los Prada toparon con Acevedo cerca al prostíbulo denominado "Ondas del Danubio" y entre ambos lo atacaron obligándolo a correr y meterse en ese sitio donde Alfonso Prada le dio muerte a cuchilladas en tanto que su hermano Carmelo lo golpeaba a puñetazos y puntapiés.

CALIFICACION DE LOS HECHOS:

El Juzgado Segundo Superior, en auto del 28 de febrero de 1957, llamó a juicio a los hermanos Alfonso y Carmelo Prada por el homicidio en Pedro Acevedo Guarín, el cual planteó como simplemente voluntario. El 11 de septiembre el Tribunal confirmó, sin observación, la vocación a juicio contra Alfonso Prada, pero revocó la medida en cuanto a Carmelo para en su defecto llamarlo a juicio por lesiones personales en el mismo Acevedo Guarín. El 9 y 10 de julio de 1958 se hizo la audiencia. El jurado respondió el cuestionario con respecto a Alfonso Prada así: "SI ES RESPONSABLE EN RIÑA PROVOCADA POR EL OCCISO". En lo tocante con Carmelo Prada, que compareció por lesiones, la respuesta fue negativa. El 2 de agosto el Juzgado dictó la sentencia de primer grado y condenó al homicida a la pena de cinco años y seis meses de presidio y le impuso las sanciones accesorias del caso, todo sobre la base de una interpretación del veredicto en el sentido de que reconocía riña imprevista como elemento de específica atenuación de la responsabilidad. Con relación a Carmelo Prada el fallo fue absolutorio. En la se-

gunda instancia el Tribunal aplicó a Alfonso Prada ocho años de presidio, lo que ocurrió a virtud de que esa entidad sostuvo que el veredicto del jurado en modo alguno reconocía el atenuante de la riña imprevista. Confirmó la absolución a favor de Carmelo Prada.

DEMANDA DE CASACION:

El recurrente invoca las causales 1ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, precisamente dentro del orden que se indica. En apoyo de la 1ª sostiene que aunque el jurado rechazó la tesis de legítima defensa que le fue propuesta en los debates de la audiencia, en cambio reconoció que el homicidio lo había consumado Alfonso Prada en riña imprevista, lo que hacía necesario aplicar el Art. 362 del C. P. en concordancia con el 384 de la misma obra, cuestión que hizo el Juzgado pero de la que se apartó el Tribunal y así vino a violar, por errónea interpretación, aquellos textos legales y también el artículo 36 ibídem.

En cuanto a la causal 3ª manifiesta que esta se cumple por fuerza de que la sentencia acusada se profirió en desacuerdo con el veredicto del jurado, toda vez que en éste se reconoció la riña imprevista y en cambio en el fallo no se acepta esa modalidad sino que se condena por homicidio simplemente voluntario.

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, con la competencia y cuidado que le son propios, estudia la demanda de casación, le formula los reparos técnicos que estima oportunos y luégo examina las causales invocadas para concluír en que ninguna de las dos prospera y pedir como consecuencia que no se case la sentencia.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

En verdad, como lo anota el señor Procurador, el orden en que se proponen las causales invocadas no es el que lógicamente corresponde, puesto que la suerte de la 1ª depende de la que logre la 3ª y, de otra parte, no es posible tratar aquella, de acuerdo con su presentación, sin examinar antes ésta. De ahí que la 3ª ha debido aducirse en primer término para luégo desembocar en la 1ª. En ese orden racional procederá la Sala a estudiar las dos causales en mención.

Pretende el recurrente que la sentencia impugnada no guarda consonancia con el veredicto del jurado en fuerza de que en su concepto en él se reconoce el atenuante específico de la riña imprevista y el fallo lo rechaza para condenar por homicidio simplemente voluntario. En el objetivo de esclarecer el punto se hace indispensable determinar la forma como se presentaron los hechos en que resultó muerto Pedro Acevedo Guarín por acción de Alfonso Prada.

Se dejó indicado que aquellá noche del 28 al 29 de agosto de 1956, los hermanos Prada Angarita se entregaron a la bebida en el barrio de tolerancia de Barrancabermeja y así, a altas horas, vinieron a encontrarse, por casualidad, con Pedro Acevedo Guarín en el prostíbulo llamado "Los Cisnes". En ese lugar se suscitó un incidente entre Carmelo Prada y Acevedo Guarín, provocado por este último al salpicarle con cerveza la cara al primero, incidente que no tuvo trascendencia en el primer momento pero que luégo se agravó y se convirtió en pelea o al menos en conato de pelea entre los dos. La cuestión quedó por el momento en ese terreno debido a que Prada emprendió la huída. En esta etapa, como fácilmente se aprecia, Acevedo Guarín aparece como provocador. En la segunda etapa las cosas se desenvuelven de manera absolutamente distinta.

En efecto, según quedó expresado en la relación de los antecedentes, Carmelo Prada, después de algún rato volvió a "Los Cisnes", de donde había salido derrotado por Acevedo Guarín, para ponerse en contacto con su hermano Alfonso Prada y referirle todo lo acontecido con el dicho Acevedo a continuación de que se entró con la mujer a una de las alcobas del prostíbulo. En seguida de ese contacto y de la información con respecto a los particulares señalados, los dos hermanos salieron de "Los Cisnes", dispuestos a cobrarle a Acevedo su conducta para con Carmelo. Lo encontraron cerca al prostíbulo denominado "Ondas del Danubio" y sin ninguna dilación lo acometieron, según se desprende de los siguientes testimonios que conviene reproducir en lo que importa:

ANTONIO GOMEZ PULGARIN: "....a los pocos minutos de haberse retirado del bar "Los Cisnes" llegó el señor Carmelo Angarita (sic), se paró en el andén a esperar qué saliera el hermano de la pieza y como a los cinco minutos salió el hermano Alfonso Angarita (sic) y lo vio todo embarrado y le preguntó que le había pasado, le contestó que no le había pasado nada, que le

prestara la cosa que él tenía y el hermano le contestó que no, que se fueran, salieron de la cantina ambos y al llegar al establecimento "Ondas del Danubio" **regresaba el occiso Acevedo, se encontraron y se agarraron a pelear o sean Alfonso Angarita y Carmelo Angarita le tiraban al occiso Pedro Acevedo y yo ví hasta que entraron a dicha cantina...**" **(Fols. 16 ss.).**

MIGUEL ANGEL LUNA AVENDAÑO: "...como a las doce menos cuarto llegó a mi cantina nuevamente el señor Carmelo Prada Angarita y se paró en la puerta, me pidió una cerveza, se la tomó y pagó con un billete de a peso y le dí los vueltos, pero dicho individuo estaba todo embarrado, en ese momento pasaba por la mitad de la calle el occiso Pedro Acevedo Guarín, cuando lo vio el señor Angarita (sic) apretó la botella con las manos, entonces le pregunté que que, que qué le pasaba, me contestó que había tenido un disgusto con Acevedo pero que no valía la pena y que esperaba a que el hermano saliera de la pieza de Elia Contreras para irse a dormir, me dio la botella y salió no supe para dónde y en ese momento empezó a llover; estando dentro de la cantina me dijo una de las mujeres que viven en mi cantina que le pusiera un tango, me puse a sacar el disco para hacer cambio cuando en ese momento sentí un tropel en la puerta de la cantina, llevaba en la mano cinco cervezas entonces las puse sobre la mesa y salí con el disco en la mano para la puerta de la cantina, le dije a Alfonso Angarita (sic) que no fueran gabilleros, advirtiendo que ya Pedro Acevedo (sic) le habían pegado una puñalada por la nuca..." (Fls. 13 ss.).

CARMEN CAMPUZANO SANABRIA: "El 29 de los cursantes como a la una de la madrugada me encontraba tomando en la cantina "Ondas del Danubio"..., en esos momentos estando sentados tomando llegó un individuo en carrera y se paró en la puerta de la cantina, detrás de él venían dos individuos a quienes tampoco conozco ni sé sus nombres uno de ellos le tiraba puñaladas y el otro le tiraba puños y patadas..." (Fls. 17 v.).

ROSA PEREZ SANABRIA: "..... entonces lo cogió por la camisa a Pedro, en ese momento venía otro individuo y que era más bajito que el que tenía agarrado por la camisa al occiso Pedro Acevedo Guarín, entonces ese individuo sacó un cuchillo y le tiró al occiso Pedro Acevedo Guarín hiriéndolo por el costado derecho; el mas alto le tiraba pata y puño al occiso..." (Fls. 29 vuelto siguientes).

Estos cuatro testigos presenciaron la forma y condiciones en que se desarrollaron los hechos de la segunda etapa. De acuerdo con los apartes transcritos, resulta claro que los hermanos Prada Angarita salieron de "Los Cisnes" resueltos a vengarse de Pedro Acevedo por razón de lo que había ocurrido con Carmelo pocos momentos antes. Se lo encontraron de regreso del prostíbulo "Ondas del Danubio" y entonces, sin previa discusión o cruce de palabras, lo atacaron y así vino a producirse el lance, identificado por el jurado como riña provocada por el occiso en mención. Nada aparece en todo esto que permita sostener que los hermanos Prada hubieran obrado contra Acevedo Guarín en situación inesperada. Todo lo contrario: de acuerdo con los apartes transcritos ellos esperaron y buscaron el encuentro y, de otra parte fueron los primeros en atacar, lo que indica que, si hubo riña, ellos fueron los autores de la misma, en tanto que Acevedo, de acuerdo con el veredicto y teniendo en cuenta el episodio que protagonizó con Carmelo Prada en "Los Cisnes", apenas se quedó en la esfera de la provocación de los acontecimientos en que a la postre vino a perder la vida.

En suma, el lance en que perdió la vida Pedro Acevedo Guarín no fue imprevisto para el homicida Alfonso Prada Angarita, quien, con su hermano Carmelo, de otra parte, fue el primero en acometer a la víctima, circunstancia que por sí misma le quita a la riña de que habla el veredicto ese carácter de imprevista que la ley tiene en cuenta para atenuar específicamente la responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 384 del Código Penal, debiendo advertirse, por lo demás que en este caso concreto el concepto de provocación que también incorpora la determinación del jurado no equivale ni envuelve la idea de imprevisión, precisamente porque el provocador fue el occiso, de acuerdo con lo que dice el predicho veredicto, y el autor del lance o riña fue el homicida Prada, quien por esa misma causa no podía actuar en situación de imprevisión, cuestión que resulta aún más evidente si se tiene en cuenta el hecho de que, como se anotó atrás, los hermanos Prada salieron del prostíbulo "Los Cisnes" resueltos a cobrar a Acevedo Guarín, dentro de un presupuesto de venganza, lo acontecido con Carmelo. De manera que no prospera la causal 3ª y así se tiene que por este aspecto ninguna objeción merece la sentencia recurrida.

La causal 1ª de casación, como se anotó atrás, sólo podía tener éxito en el caso de que prosperara la 3ª, lo que no ocurre, según queda demostrado. Esa causal, en efecto, se invoca con base en que no se aplicó en el fallo recurrido el artículo 384 del Código Penal, en donde está disciplinado el atenuante específico de la riña imprevista, figura que no fue reconocida por el jurado y que por lo tanto no podía acogerse en la sentencia, como con acierto lo dispuso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el fallo impugnado. No prospera, pues, esta otra causal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, fechada el 4 de diciembre del año pasado y a que se refiere esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

MIENTRAS NO SE HAYAN AVERIGUADO DEBIDAMENTE LOS HECHOS Y RECIBIDO LAS INDAGATORIAS A QUE HAYA LUGAR, EL JUEZ CARECE DE COMPETENCIA PARA DECLARAR CERRADA UNA INVESTIGACION EN MATERIA CRIMINAL

Para declarar cerrada una investigación en materia criminal, es preciso que ella esté completa (artículo 421 del C. de P. P.), para lo cual se requiere haber averiguado debidamente los hechos y recibido las indagatorias a que haya habido lugar, salvo el caso previsto por el artículo 365 del C. de P. P. Mientras no se cumplan tales requisitos, el Juez carece de competencia para decretar tal medida, sin perjuicio de que, si no encuentra mérito para indagar a nadie, pueda ponerle fin al proceso en la forma indicada en el artículo 153 ibídem.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, julio siete de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

El ciudadano Tomás Cerón Camargo atribuyó la comisión de varios delitos a los doctores CARLOS JULIO AVELLA, LUIS E. CAYCEDO, ADRIANO VEGA, ANANIAS MEDRANO, JORGE ALBERTO MARTINEZ, MANUEL A. AVELLA y FRANCISCO CASTEBLANCO, que hizo consistir en hechos cometidos antes del 25 de julio de 1950, cuando los acusados desempeñaban los cargos de Jueces del Circuito de Sogamoso, y que, de ser ciertos, podrían constituír prevaricatos o abusos de autoridad.

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, sin haber hecho una averiguación a fondo y sin haber oído en indagatoria a ninguno de los acusados, cuya calidad oficial viene debidamente acreditada, cerró la investigación y sobreseyó definitivamente en favor de todos, en auto que debe confirmarse, según el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien admite, además, lo mismo que el señor Fiscal de aquella corporación, que la acción penal emergente de los delitos imputados se encuéntra prescrita.

Considera la Sala.

Para declarar cerrada una investigación en materia criminal, es preciso que ella esté completa (artículo 421 del Código de Procedimiento Penal), para lo cual se requiere haber averiguado debidamente los hechos y recibido las indagatorias a que haya lugar, salvo el caso previsto por el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal. Mientras no se cumplan tales requisitos, el Juez carece de competencia para decretar tal medida, sin perjuicio de que, sino encuentra mérito para indagar a nadie, pueda ponerle fin al proceso en la forma indicada en el artículo 153 **ibídem.**

En el presente caso debería, pues, anularse lo actuado a partir del auto de clausura de la instrucción, pero como están prescritas las acciones penales provenientes de los delitos imputados, habrá de revocarse la providencia consultada y ordenar la cesación de todo procedimiento.

A virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador fiscal, revoca el auto materia de la consulta y dispone cesar todo procedimiento contra los acusados, por estar prescrita la acción penal.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

LOS TESTIMONIOS EXTRAJUDICIALES QUE SE ADUZCAN AL JUICIO PENAL CONTRA LA EXPRESA PROHIBICION CONTENIDA EN EL ARTICULO 207 DEL C. DE P. P., NO PODRAN SER TENIDOS EN CUENTA PARA ESTABLECER EL HECHO ALEGADO. — NO ES UN HECHO NUEVO NI UNA PRUEBA NO CONOCIDA AL TIEMPO DE LOS DEBATES, DE LOS PREVISTOS EN EL NUM. 5º DEL ART. 571 IBIDEM, LA DECLARACION DE UN TESTIGO EN LA CUAL AFIRME QUE EN EL TESTIMONIO RENDIDO DENTRO DEL PROCESO PRINCIPAL MANIFESTO COSA DISTINTA A LA QUE REALMENTE DIJO. — EN MATERIA CRIMINAL, A DIFERENCIA DE LA CIVIL, NO RIGE EL SISTEMA DE LA RATIFICACION DENTRO DEL PROCESO DE DEPOSICIONES TOMADAS FUERA DE EL.

1. — Los testimonios extrajudiciales que presente el recurrente con el designio de demostrar que no fue su poderdante el condenado en el fallo cuya revisión impetra, no podrán ser tenidos en cuenta para establecer el hecho alegado, si ellos se tomaron a pesar de la prohibición contenida en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, en la materia que dicho estatuto regula "no se practicará ninguna prueba sino por disposición del Juez o funcionario instructor".

2.—No es un hecho nuevo, **ni una** prueba no conocida al tiempo de los debates, **de los previstos en el numeral 5º del artículo 571** ibídem, **la declaración de un testigo, aunque sea formalmente válida, en la cual afirme que en el testimonio rendido destro del proceso principal manifestó cosa distinta a la que realmente dijo.**

3.—En materia criminal no rige el sistema, adoptado por el artículo 693 y siguientes del C. de P. C., de la ratificación dentro del proceso de deposiciones tomadas fuera de él, pues en aquella, donde se busca la verdad real y no la simplemente formal, propia de los juicios civiles, sólo podrán apreciarse las recibidas mediante los requisitos previstos por los artículos 235 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, aunque sus autores hayan declarado ya extrajudicialmente.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, julio siete de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

El Juzgado Primero Superior de Bogotá absolvió a MARIO RUIZ de los cargos que se le hicieron en el juicio respectivo como partícipe en un delito de robo, y el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial revocó en lo pertinente el fallo de primer grado y condenó a dicho reo a la pena de seis y medio años de presidio, más las accesorias de rigor.

Al acusado se le juzgó en contumacia, sin rendir indagatoria, por lo cual parece que su identificación en el proceso fue un poco deficiente. Sin embargo, en la sentencia de primera instancia figura de ordinario como "Mario Ruiz", pero también se le llama "Mario Ruiz Téllez", y respecto de él y de otro de los procesados se dice: "Finalmente se tiene que los papeles hallados en la pieza de Hoyos Zuluaga, consignan el apellido Téllez, el que corresponde a los segundos apellidos tanto de Jaime Alirio, como de su primo Mario Ruiz...".

En la sentencia del Tribunal se habla también de Jaime Alirio Ruiz Téllez y de "su primo Mario Ruiz". Refiriéndose al primero se lee: "No se le preguntó si conocía a Mario Ruiz, nombrado muchas veces por Edgar Augusto Rodríguez especialmente, no obstante llevar los dos unos mismos apellidos (folios 75 a 76 vuelto y 79 a 80). Parece ser que Jaime Alirio Ruiz Téllez y Mario Ruiz, individuo éste que a juzgar por lo informado en sus respectivas indagatorias por Rodríguez y Castellanos frecuentaban (sic) el hotel 'Arabe', son hermanos (sic), si se atiende la constancia escrita de puño y letra por Edgar Augusto Rodríguez Pinzón al folio 90 vuelto y que dice:

'Dejo constancia de en (sic) mi indagatoria no mencioné en ningún momento a Jaime Ruiz Téllez sino a Mario Ruiz Téllez, que son personas perfectamente diferentes' (sic). Y ya se sabe cómo Mario Ruiz Téllez fue quien en compañía de Rodríguez vendió a Rojas parte de la pana robada...". En otro aparte del mismo documento judicial se recalca, hablando de "los apellidos 'Hoyos' y 'Téllez', que corresponde "éste al segundo apellido de dos de los también procesados, o sea a Mario Ruiz Téllez y a Jaime Alirio Ruiz Téllez", y sobre el mismo particular se expresa más adelante "que el compañero de Rodríguez lleva los mismos apellidos de Jaime Ruiz Téllez".

Este último manifestó en su indagatoria, según se observa en el mismo fallo, ser "natural de Puente Nacional", entre otros datos relativos a su identidad.

El recurso.

Contra el referido fallo condenatorio interpone el apoderado del reo recurso de revisión, que funda en la causal 5ª del artículo 571, y respalda afirmando, en síntesis, que "Mario Enrique Ruiz Téllez", su poderdante, no es más que un homónimo del verdadero condenado, y que aquél, para el tiempo de las actividades delictuosas de éste, "se encontraba en la ciudad de Cúcuta, trabajando en su profesión de Protésico Dental".

A la demanda se acompañaron los siguientes documentos:

A) Copias autenticadas de los fallos a que antes se hizo referencia;

B) Partida de bautismo correspondiente a "Mario Enrique Ruiz Téllez", en la cual consta que éste recibió dicho sacramento "en Puente Nacional", sin indicarse dónde nació;

C) Certificado expedido por el Secretario del Departamento de Identificación de la Registraduría del Estado Civil, en el cual aparece que a cuarenta y seis personas, cuyo único o primer nombre es Mario y cuyo único o primer apellido es Ruiz, les fueron expedidas cédulas de ciudadanía; que de éstas ninguna se otorgó en Puente Nacional que la del recurrente le fue entregada en Cúcuta, y que de todas aquellas personas sólo una —el patrocinado del demandante— tiene el apellido Téllez en segundo lugar;

D) Declaraciones extrajudiciales de José Giraldo, José Méndez, Ricardo Monturiol S. y Rubén Rodríguez Lindarte, de las que luégo se hará mérito;

E) Declaración extrajudicial de Víctor Julio Rojas, quien afirma haber estado "detenido algunos días en el mes de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, como consecuencia de haber comprado algunas mercancías" en sus almacenes de esta ciudad, "procedentes del depósito 'Nasser' que las adquirió de Mario Ruiz, a quien recuerda perfectamente y "es persona bien distinta del Mario Ruiz que conocí hace ya tres años y quien me vendió las mercancías de Nasser, por lo cual creo y considero que se ha incurrido en un error muy grande al confundir el uno con el otro";

F) Declaración recibida extrajudicialmente a Edgar Augusto Rodríguez, quien dice haber rendido indagatoria en el proceso de la referencia, en la cual mencionó a Mario Ruiz, "sujeto que conocí —agrega textualmente— en ese entonces y que me acompañó a vender la mercancía a donde Víctor Manuel Rojas...". En otro aparte se expresa de esta manera: "Es verdad y así sucedió que el señor Javier Hoyos, conocido mío, por este asunto, me mandó a llamar en días pasados a la Cárcel Modelo a donde concurrí y allí me presentó al señor MARIO RUIZ TELLEZ, persona totalmente distinta del Mario Ruiz (sin segundo apellido) que me había acompañado a la venta de la pana al señor Rojas y también a descambiar el cheque pago de esa mercancía, por lo cual me sorprendí mucho, pues comprendí que había de por medio una lamentable confusión pues como digo el señor que está en la Modelo no es el mismo que actuó en la investigación. Veo claro que hay un error de homónimo".

José Giraldo había expresado, en declaración extrajudicial: "Es cierto que conozco personalmente al peticionario señor Mario E. Ruiz Téllez, desde el mes de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954); lo conocí en Cúcuta (Santander) y allí quedó él residenciado hasta el mes de julio de dicho año, en que me vine yo de allá para esta ciudad, donde estoy establecido desde entonces"; "a mí me consta que el peticionario señor Mario E. Ruiz Téllez trabajaba en Cúcuta en dentistería, con un doctor Flórez, cuyo nombre no recuerdo por ahora; el dicho doctor tenía el gabinete de trabajo frente al hotel Mérida, donde yo vivía, y todas las tardes iba allí a charlar con ellos. Esa ocipación (sic) del señor Téllez se la observé durante los meses que ya mencioné, o sea de enero a julio de mil novecientos cincuenta y cuatro; durante todo ese tiempo no lo ví al señor Mario E. Ruiz Téllez que se ausentara por largo tiempo de esa ciudad de Cúcuta, pues generalmente lo veía en su trabajo de den-

tistería con el doctor Flórez, todas las tardes que yo iba a conversar con ellos en su gabinete de trabajo".

La anterior deposición fue rendida el 18 de septiembre de 1956, y se ratificó en ella, durante el término probatorio del recurso, el 14 de octubre de 1958. En esta última diligencia afirmó: "....en Cúcuta he vivido temporadas de dos meses, en el año de mil novecientos cincuenta y tres estuve tres meses, **en el cincuenta y cuatro estuve dos más o menos....**"; al preguntársele cuáles fueron esos dos meses, respondió: **"No recuerdo"**, y al pedírsele que dijera "si esos dos meses que vivió en Cúcuta en mil novecientos cincuenta y cuatro fueron del principio de año, de la mitad o de los fines", contestó: **"No recuerdo tampoco"** (los subrayados son de la Sala). Adelante agrega que Mario Ruiz le pidió que declarara dónde se habían hecho amigos, lo cual ocurrió en Cúcuta, sin estar "seguro si fue en el cincuenta y tres o en el cincuenta y cuatro pero fue en uno de esos dos viajes", y no recuerda "en qué mes". Luégo garantiza: "Yo estuve más o menos a pasar año nuevo en Cúcuta del cincuenta y cuatro, en marzo me vine para Bogotá, a los veinte días me fuí a Cúcuta a llevar un alambre y luégo en julio me vine nuevamente para Bogotá", y recuerda "que fue en marzo porque en marzo cumple años una amiga" suya que vive en Pereira y cuya dirección ignora. Las últimas afirmaciones las hizo después de habérsele leído su primera declaración.

A José Méndez, Ricardo Monturiol S. y Rubén Rodríguez Lindarte se les hace figurar ratificando ante el señor Juez Primero Penal del Circuito de Cúcuta, en el referido término probatorio las declaraciones rendidas extrajudicialmente dos años antes en presencia del mismo funcionario, y en las respectivas diligencias se les hace aparecer como si hubiesen dictado, al pie de la letra, sus deposiciones anteriores, incluyendo las preguntas y las respuestas.

Aseveró el primero de dichos declarantes, entre otras cosas: "Sí señor, lo conozco (a Ruiz Téllez), estuvo viviendo ahí con nosotros, primero en el barrio Cuberos y ahora en después al barrio Cundinamarca donde vivo actualmente, él y la señora EMMA GOMEZ", y tal conocimiento data "desde el cincuenta y cuatro, desde enero poray (sic) en los últimos días y el motivo fue que ellos llegaron a mi casa y entonces nosotros, yo y la señora mía, le arrendamos una pieza y así fue para yo conocerlos y de ahí empezó la amistad". Sabe también que su oficio era la dentistería, que trabajaba donde el doctor Flórez, que "mandaba los trabajos a la calle 10 o a la dental de un señor Ricardo, uno gordito que está por ahí afuera", que su conducta era buena, que ganaba para vivir decentemente y que no tuvo conocimiento de que cometiera hechos atentatorios a la propiedad. Preguntado "en dónde residía el prenombrado señor RUIZ para los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro", respondió: "Allá en mi casa cuando vivíamos en Cuberos, en el barrio Cuberos", y al pedírsele que expresara si "durante los meses a que se contrae la pregunta anterior, es decir, de enero a mayo, se ausentó de esta ciudad y para qué lugar", contestó: "No señor, vivió permanentemente aquí en Cúcuta". Al preguntársele "qué parentesco tiene su señora con la del nombrado Ruiz", dijo: "Me parece que son primas".

El declarante Monturiol S. afirma que conoció a Ruiz Téllez trabajando mecánica dental donde Carlos Flórez, en Cúcuta, que de su conducta individual y familiar nada sabe, que a pesar de que desconoce su vida privada cree "que con lo que ganaba era suficiente para sus gastos" y que no le consta que hubiera cometido hechos atentatorios a la propiedad. Al ser preguntado si sabe "en dónde residía el prenombrado señor RUIZ para los meses de ENERO, FEBRERO, MARZO, ABRIL y MAYO de mil novecientos cincuenta y cuatro", manifestó: "No me consta dónde vivía", y al exigírsele que dijese si sabía "si el señor Ruiz durante los meses a que se contrae la pregunta anterior, es decir, de enero a mayo, se ausentó de esta ciudad y para qué lugar", se expresó así: "Para estos meses todavía no conocía a este señor, lo vine a conocer a finales de agosto del 54, que fue cuando me hice cargo del Laboratorio".

Rodríguez Lindarte sostiene que conoció a Ruiz aproximadamente "en enero del 54", que su conducta individual, familiar y social fue correcta desde que lo conoció, que le consta "que ganaba dinero suficiente en su trabajo de dentista" y que nunca supo que hubiera cometido hechos atentatorios a la propiedad. Y termina deponiendo así: "PREGUNTADO: ¿Sabe usted en dónde residía el prenombrado señor Ruiz para los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro? CONTESTO: Venía de Bucaramanga cuando yo lo conocí a él. PREGUNTADO: ¿Sabe usted si el señor Ruiz durante los meses a que se contrae la pregunta anterior, es decir de enero a mayo, se ausentó de esta ciudad y para qué lugar? CONTESTO: Yo no sé".

No indicó el recurrente dónde podía ser localizado Edgar Augusto Rodríguez, para que se ratificara en la declaración rendida extrajudicialmente, y Víctor Julio Rojas no pudo ser hallado en Tocaima, donde indicó el demandante que se encontraba enfermo.

Alegatos de las partes.

Se opone el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal a que prospere el recurso, alegando en primer término que "el indicio negativo consistente en la coartada alegada", carece en absoluto "de asidero en las pruebas con que el demandante vanamente pretende darle entidad", porque "precisamente en la noche de los hechos —la del 4 al 5 de marzo de 1954— ni siquiera por uno solo de los testigos simpatizantes de su causa, fue visto el acusado en la ciudad de Cúcuta".

Agrega, en segundo lugar, que "la partida de bautismo visible al folio 118 que el recurrente llama en su auxilio al empeñarse en crear una duda relativa a la identificación del acusado", "a nada conduce, por no provocar confusión alguna con respecto a la identidad del mismo acusado, puesto que en el fallo de segunda instancia recurrido en revisión, de manera clara y terminante se identifica a Mario Ruiz, anotándose allí como segundo apellido de éste, precisamente el de Téllez que también lo indica la referida partida".

Arguye el demandante que su cliente fue capturado por "circunstancias desafortunadas de homonimia", destacando que "es bueno no olvidar que el MARIO RUIZ a que aluden las providencias del Juzgado Primero Superior de Bogotá y del H. Tribunal de este Distrito, nunca fue oído en injurada: de él no existe filiación ninguna en el proceso; ninguno de los personajes que aparecen en la escena delictual fallada suministra la filiación del citado Mario Ruiz; apenas se dice que fue Agente Secreto en algún tiempo, y es **bueno advertir que mi cliente, según** constancia del proceso, **nunca perteneció a tal institución,** y solamente ha sido un Protésico Dental como se halla acreditado ampliamente".

Afirma que de la partida de bautismo que obra en autos "se deduce que mi patrocinado no es simplemente MARIO RUIZ, sino MARIO ENRIQUE RUIZ TELLEZ. Y otra cosa muy distinta es que en el proceso por Robo, haya figurado un JAIME ALIRIO RUIZ TELLEZ, por cierto absuelto en ambas instancias, y quien no tiene —ninguna prueba existe al respecto— ningún parentesco con mi representado".

Aduce luégo el certificado expedido por el Departamento de Identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, para preguntar: "Cuál la razón...., para que hubiera sido capturado mi cliente, y no uno de los cuarenta y cinco ciudadanos que llevan el mismo nombre y el mismo apellido, o mejor aún, uno de los cuatro ciudadanos "MARIO RUIZ", que en el certificado referido aparecen relacionados...".

Después de lo anterior, concluye así: "Estos dos elementos probatorios...., a) Partida de bautizo y b) Certificado de la Registraduría del Estado Civil—, serían, a mi honrado entender, más que suficientes para que la Honorable Corte Suprema de Justicia decretara la revisión del proceso. Ellas conllevan por sí solas, según las exigencias del numeral 5º del artículo 571, 'indicios graves de la inocencia o irresponsabilidad' de mi patrocinado".

Sostiene, por último, que las declaraciones a que atrás se ha hecho referencia "constituyen serios y gravísimos indicios de la inocencia" de su representado, y para refutar al señor Procurador anota que éste "no pretende exigir cosa distinta de la plena prueba de que mi patrocinado, en la hora, en el minuto y el segundo en que se cometió el ilícito contra los intereses de Ezna Nasser en la ciudad de Bogotá, estaba en su Laboratorio de Mecánica Dental, rodeado de los declarantes".

Para resolver, se considera:

1º Los testimonios extrajudiciales presentados por el recurrente con el designio de demostrar que no fue su poderdante el condenado en el fallo cuya revisión impetra, no pueden ser tenidos en cuenta para establecer el hecho alegado, porque ellos se tomaron a pesar de la prohibición contenida en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, en la materia que dicho estatuto regula "no se practicará ninguna prueba sino por disposición del Juez o funcionario instructor".

Por lo demás, no es un **hecho nuevo,** ni una **prueba no conocida al tiempo de los debates,** de los previstos en el numeral 5º del artículo 571 **ibídem,** la declaración de un testigo, aunque sea formalmente válida, en la cual afirme que en el testimonio rendido dentro del proceso principal manifestó cosa distinta a la que realmente dijo, como ocurre en el caso de Edgar Augusto Ro-

dríguez, quien en el juicio expresó no haber mencionado "sino a Mario Ruiz Téllez", según se lee en la sentencia acusada, para luégo afirmar que se refirió fue a "Mario Ruiz (sin segundo apellido)".

2º La partida de bautismo y el certificado de la Registraduría Nacional del Estado Civil traídos por el recurrente a los autos, sólo sirven para descartar la posibilidad de que su mandante sea persona distinta a la condenada, pues la primera acredita que éste fue bautizado en Puente Nacional, de donde es oriundo Jaime Alirio Ruiz Téllez, a quien se hace figurar en el proceso como primo suyo, y porque dicha certificación demuestra que sólo aparece cedulado en el país un Mario Ruiz Téllez, que es precisamente el reo sobre quien recayó el fallo condenatorio que se impugna, cuyo segundo apellido a veces se omite y en ocasiones se consigna en él.

3º Los testimonios de José Méndez, Ricardo Monturiol S. y Rubén Rodríguez Lindarte, con los cuales pretendió el demandante demostrar la coartada de su cliente, no ofrecen los más leves motivos de credibilidad, por cuanto no es admisible que tres sujetos puedan dictar al pie de la letra, al dar nuevas declaraciones, las mismas que habían rendido dos años antes. Y porque en materia criminal no rige el sistema, adoptado por los artículos 693 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, de la ratificación dentro del proceso de deposiciones tomadas fuera de él, pues en aquélla, donde se busca la verdad real y no la simplemente formal, propia de los juicios civiles, sólo podrán apreciarse las recibidas mediante los requisitos previstos por los artículos 235 y siguientes del C. de P. P., aunque sus autores hayan declarado ya extrajudicialmente.

José Giraldo, quien sí rindió nuevo testimonio con el lleno de las formalidades legales en el término probatorio del recurso, tampoco aporta dato alguno en favor de la coartada que con su dicho intentó demostrarse, pues ni siquiera insinúa que el acusado se encontrara en Cúcuta cuando, según las pruebas aducidas en el fallo que se impugna, aparece delinquiendo en Bogotá.

4º En consecuencia, no se han demostrado los presupuestos requeridos por el numeral 5º del artículo 571 del C. de P. P. para que la presente demanda pueda prosperar.

En virtud de lo dicho, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador fiscal DENIEGA LA REVISION del fallo materia del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

PARA CALIFICAR DE CONTRADICTORIO UN VEREDICTO, ES PRECISO QUE EL AFIRME Y NIEGUE AL TIEMPO ALGUN HECHO O CIRCUNSTANCIA RELATIVOS A UN MISMO ACUSADO. — ES IMPROCEDENTE ALEGAR LA CAUSAL 1ª DE CASACION PARA IMPUGNAR EL FALLO QUE ACOGE UN VEREDICTO, SOBRE EL SUPUESTO DE QUE ESTE SE PRONUNCIO CON BASE EN UNA PRUEBA LEGALMENTE NULA. — EL CARGO HECHO A TRAVES DE LA CAUSAL 2ª CONSISTENTE EN QUE EL SENTENCIADOR TUVO EN CUENTA AL PROFERIR SU FALLO UNA PRUEBA NULA Y DESESTIMO OTRAS DE INNEGABLE FUERZA EXCULPATIVA, ES INADMISIBLE

1.—Para calificar de contradictorio un veredicto es preciso que él afirme y niegue al tiempo algún hecho o circunstancia relativos a un mismo acusado, pues sólo entonces puede decirse que la respuesta del jurado contiene proposiciones incompatibles que, al destruírse mutuamente, la dejan desprovista de sentido.

En consecuencia, si lo que hace el Tribunal Popular es admitir la responsabilidad de un procesado, y rechazar la de otro, aunque existan contra ambos unas mismas pruebas, los dos veredictos no son contradictorios, porque cada uno tiene su sentido propio, aunque uno de ellos tiene que ser injusto.

Pero como la causal 7ª de casación se funda en la contradicción **y no en la** injusticia del veredicto, **el cargo que con base en ella se formule a tal fallo no puede prosperar.**

2.—No tiene el jurado entre sus atribuciones la de interpretar la ley ni la de aplicarla, ni está sujeto en la formación de su convencimiento a normas jurídicas que le impidan tomar en cuenta pruebas que no podrían ser apreciadas, por adolecer de vicios de nulidad, por los Jueces de derecho, pues a él en forma expresa se le exige no atender en el desempeño de su misión voz distinta a la de su personal conciencia (artículo 27 de la Ley 4ª de 1934). No es, por lo tanto, procedente aducir la causal 1ª de casación para impugnar el fallo que acoge un veredicto, sobre el supuesto de que éste se pronunció con base en una prueba legalmente nula.

3.—Es inadmisible el cargo, hecho a través de la causal 2ª, consistente en que el sentenciador tuvo en cuenta al proferir su fallo una prueba nula y desestimó otras de innegable fuerza exculpativa, pues en los juicios en que interviene el jurado "la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate" (artículo 480 ibídem), **y no conforme a los elementos de convicción que obren en los autos.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio siete de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS

Previo el correspondiente veredicto del jurado, el señor Juez Primero Superior de Ibagué condenó a GUSTAVO RAMIREZ BARRETO, MIGUEL MOLINA LOZANO y PEDRO ALVIS o PEDRO ANTONIO ALVIS USECHE como responsable del delito de homicidio, y absolvió a LIBORIA ALDANA, en sentencia que fue confirmada con modificaciones por el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial, en fallo de 10 de junio de 1958. Contra esta condena interpusieron casación los tres condenados, pero sólo los dos últimos sustentaron el recurso mediante abogados inscritos en la Corte.

Las demandas.

Sin hacer el relato de los hechos, comienza el mandatario de Molina Lozano por invocar la causal 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y para sustentarla alega que una

de las pruebas de cargo más fuertes deducidas contra su representado fueron las palabras pronunciadas por una testigo, por lo cual estima que "se violó la ley penal aplicándola indebidamente, cuando se le dio a esta prueba el mérito de plena, pues las condiciones morales, su oficio y profesión, no conducían racionalmente a darle el valor de plena prueba, con lo cual se violó el artículo 224 del C. de P. P.".

Aduce en seguida la causal 2ª, que trata de respaldar arguyendo que ni el jurado ni la sentencia "le dieron ningún valor a una prueba que es realmente científica y que sí tiene pleno valor probatorio sobre hechos", como es un dictamen de Laboratorio Forense de Bogotá, según el cual unas manchas encontradas en un candado y en una astilla de madera no eran de sangre humana, por lo cual considera "que hubo protuberante errada apreciación de los hechos".

Expone, por último, la causal 7ª, y dice para fundarla que el veredicto "es evidentemente contradictorio, pues no entiende uno cómo a la señora Liboria Aldana, suegra del occiso, y contra quien aparecen cargos si no mayores por lo menos iguales a los de mi representado, se le haya absuelto, en cambio se haya condenado a un hombre contra quien no habían (sic) cargos de la entidad de los hechos a la señora Liboria Aldana...; la unidad del proceso es tal que o todos son absueltos o todos declarados responsables".

Inicia su demanda el defensor de Alvis con un preámbulo destinado a exaltar la importancia de las normas del procedimiento penal y, particularmente, de las que consagran y regulan el recurso de casación, para hacer en seguida el relato de los hechos y el planteamiento de las causales que cree aplicables, junto con las razones encaminadas a demostrarlas.

Ya en este terreno empieza por acogerse a la causal 1ª del artículo 567 citado, la cual trata de probar mediante una severa crítica dirigida a establecer la nulidad de una diligencia de inspección ocular, y concluye sosteniendo que "al proponer el Juez de Derecho a los Jueces de Hecho, como elemento de juicio, una prueba totalmente viciada de nulidad, el error en que pudieron incurrir éstos no fue de simple apreciación sobre la fuerza de convicción de esa misma prueba, sino un error de derecho que los inducía en error; un error de derecho que ellos no estaban ni en la capacidad ni en la obligación de advertir. Así, resulta viciado el veredicto, porque... sin esta prueba esencial, los jurados jamás hubieran dictado un veredicto de responsabilidad, pues habría faltado la prueba necesaria para que ese veredicto se produjera.

"La sentencia del Tribunal de Ibagué —agrega— por medio de la cual se condena a mi patrocinado a cumplir una pena de presidio de diecisiete años, es violatoria de la ley penal, porque acepta un veredicto originado de una nulidad. Se ha dado a la ley una aplicación indebida".

Aduce luégo la causal 2ª, y, para demostrarla, sostiene que el Tribunal tuvo en cuenta al proferir su fallo la prueba emanada de la referida inspección ocular, no obstante ser absolutamente nula, y que, en cambio, desestimó pruebas exculpativas de innegable importancia.

A continuación presenta como digna de prosperar la causal 4ª, que respalda así: "Es el caso de que el juicio estaba viciado de nulidad, porque se basó en una prueba (la de Inspección Ocular que obra a folios 17), recogida contra las normas del procedimiento".

"Y si se aumenta —continúa— a esa calidad la circunstancia de que la Audiencia Pública se inició sin la presencia del señor Agente del Ministerio Público, como se demuestra con la lectura del acta respectiva que obra a folios 336 y siguientes; y que esa acta lleva la firma del señor Agente del Ministerio Público, quien aparece dando fé de ella en su totalidad, siendo así que él no estuvo presente en la primera de las sesiones, no encontraremos acaso otro motivo de nulidad procesal?.

Dice, por último, la demanda: **"Causal Séptima.** Queda finalmente por manifestar que el veredicto es evidentemente contradictorio, porque de cuatro sindicados sobre los cuales pesa el mismo y exacto caudal de prueba incriminatoria, se absuelve a uno (Liboria Aldana), sin que puedan explicarse las razones para que a ella no se la considerara en la sentencia como responsable, pero ni siquiera como cómplice".

Respuestas de la Procuraduría.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al contestar extemporáneamente la demanda del representante de Molina Lozano pide que se declare desierto el recurso, porque ella "no contiene un resumen de los hechos materia de la controversia, ni indica en forma clara ni precisa los fundamentos que se aduzcan para pedir la infirmación del fallo ni tampoco hace cita de los

textos legales que el recurrente considera como infringidos".

El mismo funcionario, también fuera del término de que disponía para hacerlo, estudia las causales aducidas por el apoderado de Alvis, teniendo "en cuenta la importancia de cada una de ellas" pues no estima "necesario respetar el orden en que los diversos motivos de impugnación" fueron propuestos.

Opónese a que prospere la causal 4ª advirtiendo que "el impugnador no concreta ninguno de los motivos contenidos en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal citados, limitándose, tal como se transcribió, a hacer afirmaciones y a plantear hechos y circunstancias que en nada inciden sobre ellos. Tampoco la demanda ofrece situaciones atinentes a nulidades constitucionales o supra-legales. Ella se limita a exponer en forma convencional y antitécnica la existencia de presuntas irregularidades que no implican la presencia de una nulidad constitucional, y que no llevan a afectar las bases del juzgamiento ni a quebrantar los intereses de la justicia o de las partes".

Para sostener que la causal 7ª debe asimismo desecharse, dice citando a la Corte: "No le basta al recurrente decir que invoca tales o cuales causales y señalarlas por su número. Es preciso expresar en qué consisten estas causales y en qué hechos y en qué derechos están basadas. De otra suerte el recurso queda sin fundamento y es preciso declararlo desierto".

Respecto de la causal 1ª dice que "la propuesta del impugnador no se detiene sobre uno de los dos aspectos que contempla la causal (la errónea interpretación o la indebida aplicación de la ley) la deriva, sin demostrarla, sobre ambos supuestos sin considerar para nada la singular diferencia que a la luz del derecho y la jurisprudencia tiene cada uno de estos extremos de la violación de la norma o ley penal". Agrega que "cuando la impugnación de la sentencia se basa en la violación de la ley por error en la apreciación de una prueba", al demandante incumbe, según la jurisprudencia de esta Sala, "una serie de obligaciones sucesivas enlazadas entre sí, y convergentes al único propósito de obtener la enmienda: el error y su demostración (sea de hecho o de derecho), la violación de la ley sustantiva como consecuencia del error, y finalmente la influencia o determinación del error en la resolución del fallo impugnado". Observa igualmente que conforme al criterio de la misma corporación, esta causal "ha sido constituída únicamente en relación con la llamada ley penal sustantiva, no con la procedimental, para la cual se han formulado otras causales diferentes". De lo anterior concluye afirmando que, como "ninguno de estos requisitos se cumplen en el escrito", "tampoco puede acertarse como próspera la causal primera que se invoca".

En relación con la causal 2ª recuerda cómo la jurisprudencia de la Corte, mantenida desde 1944, sostiene que ella no es admisible en los juicios en que interviene el jurado, y que como "la sentencia que se pretende impugnar se produjo dentro de un juicio" de esta clase, "la causal segunda propuesta, debe rechazarse".

Considera la Sala:

1º En la primera de las expresadas demandas se aducen las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del C. de P. P., pero ni siquiera se intenta demostrarlas, por lo cual deben desecharse, conforme a lo dispuesto por el artículo 569 **ibídem**.

2º Para calificar de contradictorio un veredicto es preciso que él afirme y niegue al tiempo algún hecho o circunstancia relativos a un mismo acusado, pues sólo entonces puede decirse que la respuesta del jurado contiene proposiciones incompatibles que, al destruírse mutuamente, la dejan desprovistas de sentido.

En consecuencia, si lo que hace el Tribunal Popular es admitir la responsabilidad de un procesado, y rechazar la de otro, aunque existan contra ambos unas mismas pruebas, los dos veredictos no son contradictorios, porque cada uno tiene su sentido propio, aunque uno de ellos tiene que ser injusto.

Pero como la causal 7ª de casación se funda en la **contradicción** y no en la **injusticia del veredicto,** el cargo que con base en ella se formula al fallo acusado no puede prosperar.

3º No tiene el jurado entre sus atribuciones la de interpretar la ley ni la de aplicarla, ni está sujeto en la formación de su convencimiento a normas jurídicas que le impidan tomar en cuenta pruebas que no podrían ser apreciadas, por adolecer de vicios de nulidad, por los Jueces de Derecho, pues a él en forma expresada se le exige no atender en el desempeño de su misión voz distinta a la de su personal conciencia (artículo 27 de la Ley 4ª de 1934). No es, por lo tanto, procedente aducir la causal 1ª de casación para impugnar el fallo que acoge un veredicto, sobre

el supuesto de que éste se pronunció con base en una prueba legalmente nula.

Por lo demás, el demandante no ha demostrado, ni podía demostrarlo sin acreditar primero que los jueces populares incurrieron en el prevaricato de que trata el artículo 529 del C. de P. P. que el fundamento del veredicto condenatorio fue la inspección ocular cuya nulidad alega.

No prospera, de consiguiente, la causal 1ª invocada por el apoderado de Alvis.

4º Tampoco es admisible el cargo, hecho al través de la causal 2ª, consistente en que el sentenciador tuvo en cuenta al proferir su fallo una prueba nula y desestimó otras de innegable fuerza exculpativa, pues en los juicios en que interviene el jurado "la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate" (artículo 480 **ibidem**), y no conforme a los elementos de convicción que obren en los autos.

5º No ha demostrado el recurrente su afirmación de que el presente juicio "se basó en una prueba... recogida contra las normas del procedimiento", ni que constituye nulidad la circunstancia de que el señor Agente del Ministerio Público hubiera suscrito el acta correspondiente a varias audiencias, habiendo dejado de concurrir a la primera de ellas.

Es, pues, el caso de desechar la causal 4ª de casación, invocada con fundamento en tales cargos.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y oído, aunque extemporáneamente, el concepto de su colaborador fiscal, NO CASA el fallo materia del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez. Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria — Pioquinto León L., Secretario.

LA SUSTITUCION DE UN PODER NO PRODUCE EFECTO MIENTRAS NO HAYA SIDO ACEPTADA POR EL JUEZ O TRIBUNAL, EN PROVEIDO EJECUTORIADO. — IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES EN MATERIA CIVIL. — TRAMITACION. — A QUIENES DEBE DIRIGIRSE EL ESCRITO DE RECUSACION CUANDO SE FORMULA EN UN TRIBUNAL. — SUSPENSION DE LA JURISDICCION. — INHABILITACION AUTOMATICA. — EL EMPLEO DE PAPEL COMUN QUE HACEN LOS SECRETARIOS EN LOS JUICIOS CIVILES, CUANDO SE AGOTA EL SELLADO, NO ES "UN RECURSO" O EXPEDIENTE DE MALA INDOLE, SINO FIEL CUMPLIMIENTO DE LA LEY

1.—Si conforme a la norma del artículo 265 del Código Judicial, "la renuncia no pone término al poder, si no queda sustituto en reemplazo, o no se hace saber por notificación personal al poderdante sustituidor", tampoco la sustitución produce pleno efecto, mientras no haya sido aceptada por el Juez o Tribunal, en proveído ejecutoriado.

2.—Los impedimentos son hechos que, por ministerio de la ley, deben manifestarse y se manifiestan espontáneamente, motu propio, **por quienes se hallan en tal situación. Si ello no se hace, el procedimiento regular no es el de invitar a los Jueces a que se declaren impedidos, sino el de recusarlos formalmente (artículo 440 del Código Judicial).**

Entre las formalidades de la recusación, en materia civil, está prevista la de que el escrito correspondiente se dirija, en un Tribunal, "a los demás Magistrados que forman la Sala respectiva" (artículo 442 del Código Judicial). Con la circunstancia de que los funcionarios a quienes corresponde esta calificación, "no están impedidos, ni son recusables", para tal efecto (artículo 443 ibídem).

Tiene este procedimiento que es el señalado en las leyes, el peligro para el recusante de que se le condene en costas y aun a multa, si no prueba las causales de recusación alegadas y es manifiesta su temeridad (artículo 445 ibídem). Pero tal peligro debe afrontarse por el litigante que proceda de buena fé, para que no se crea que la omisión en seguir el procedimiento regular arguye falta de confianza en la bondad de sus propios argumentos ,o ánimo deliberado de evadir, a priori, las consecuencias de una actividad procesal que, de seguirse el procedimiento ajustado a la norma, sabe de antemano el recusante que habría de desembocar en las sanciones aludidas.

También en los casos de recusación, rige principio semejante al de los impedimentos, en cuanto a la suspensión de la jurisdicción. Este fenómeno se cumple, a partir del momento en que "el Juez o Magistrado recibe aviso oficial de haber sido admitida, hasta que se le comunique, también oficialmente, que ha sido negada la recusación" (Artículo 147 del C. J.).

Obsérvese cómo el texto habla de aviso "oficial", y no de conocimiento adquirido por otro conducto.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, diez y siete de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

En el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena se adelantó el juicio especial de **separación de bienes** promovido por la señora Petrona Cañoles de Hernández contra su cónyuge legítimo Eduardo Hernández Castilla.

Habiendo culminado la primera instancia con sentencia absolutoria, esta se apeló por la parte interesada; y el Tribunal Superior de Cartagena, una vez agotados trámites propios del recurso, lo desató en fallo del 10 de marzo del año en

curso, mediante el cual revocó la decisión absolutoria del inferior y ordenó, en su lugar, la liquidación de la sociedad de bienes formada entre los cónyuges. Fue ponente del fallo el Magistrado doctor Enrique Emiliani Román, como integrante de la respectiva Sala de Decisión Civil de dicho Tribunal.

Se hallaba el negocio a despacho del referido funcionario, para resolver sobre el recurso, cuando el señor apoderado de la parte no recurrente, o sea, la demandada, diripió memorial a los señores Magistrados de la Sala, manifestando sustituír en el doctor Ramón Gómez Naar el mandato de su poderdante, con las mismas facultades a él conferidas.

El aludido escrito tiene fecha del 6 de marzo de este año, y fue presentado en la misma oportunidad, por el delegante, doctor Roque Pupo Villa, en la casa de habitación del respectivo Secretario, señor Lilio BADEL. Este certificó al pie sobre dicha presentación, como es lo usual, y agregó que lo pasaba (el memorial) al despacho del doctor "Emiliani". Pero, posteriormente, el 10 del citado mes de marzo, hizo la siguiente aclaración:

"CONSTANCIA: Aunque en la anotación anterior se dice que el precedente memorial-poder se pasa al Despacho del H. Magistrado doctor Enrique Emiliani, es hoy cuando físicamente se la pasa al Despacho por cuanto éste, el H. Magistrado, se hallaba con permiso de la Presidencia, por cinco días, contados desde el día seis inclusive, de los corrientes y se reintegró al Despachar (sic) desde esta fecha".

Igualmente, el secretario hizo constar:

"Informo que el negocio a que se refiere el anterior escrito está en la Secretaría en los trámites de publicación de la sentencia y notificaciones de esta".

Se tiene, pues, que, el mismo día en que entró realmente a despacho el memorial de sustitución, se dictó la sentencia de segunda instancia, sentencia que, es de presumirse, se había redactado con anterioridad, de modo de dar tiempo a que los demás Magistrados de la Sala distintos del ponente, la revisaran y aprobaran.

No obstante que, por haberse dictado el fallo antes de resolverse respecto a la admisión del nuevo apoderado sustituto, parecían tener preferencia los trámites consiguientes de publicación y notificación del mismo, el Magistrado sustanciador doctor Emiliani Román dictó, el 11 de marzo, o sea, al día siguiente de la fecha de la sentencia, auto en que admitía "la representación judicial del señor Eduardo Hernández C. en el doctor Ramón Gómez Naar".

Con ocasión de las ocurrencias anteriores y de otras a que se aludirá más adelante, se suscitaron diversos incidentes, que culminaron en lo resuelto por el Tribunal Superior de Cartagena, en la Sala de Acuerdo correspondiente al día 2 de junio último. En el acta correspondiente se lee:

"....el H. Magistrado doctor Hernández Malo manifiesta que, en su concepto, esa doble constancia encierra cierta irregularidad que sienta un precedente que puede ser perjudicial para la buena marcha de la administración de justicia... Que a juicio del H. Tribunal tal irregularidad, por los caracteres que le apunta el doctor Hernández Malo, debe dar lugar a una investigación oficiosa que esclarezca plenamente si se trata de una simple irregularidad despojada de todo carácter penal o si, por el contrario, ella es constitutiva de una infracción..... Que en consideración a ello, el Tribunal decide suministrar los elementos suficientes de juicio a la autoridad competente para que, si es procedente, abra la condigna investigación, en lo que atañe a la responsabilidad que pueda derivársele al señor Lilio Badel en su calidad de Secretario de la Corporación, y en lo que respecta a la situación de los H. Magistrados que integraron la Sala Civil falladora, **dirigirse a la H. Corte Suprema de Justicia**. ....Puesta como fue por el señor Presidente a la consideración del Tribunal y sometida que fue a votación la anterior proposición, resultó aprobada por seis (6) votos favorables". (Las subrayas no figuran en el original).

Se desprende de la trascripción anterior, que el Tribunal Superior de Cartagena encontró sospechosa de delito la conducta de los Magistrados firmantes del fallo aludido; y que, para el efecto de definirse si se abre investigación oficiosa por esta Sala Penal de la Corte, le han sido enviadas las presentes copias.

Estas son bastante completas. Lo suficiente para declarar, como, en efecto, habrá de hacerse, que no existe materia que justifique una investigación de oficio contra los referidos Magistrados. Mas comoquiera que el asunto se presenta con modalidades muy características, aparentemente complejas, la Sala no podrá dispensarse de examinarlo ampliamente, aun a expensas de la brevedad.

RELACION DE HECHOS Y VALORACION DE LOS MISMOS:

Fuéra de los ya comentados y anotados, deben referirse y valorarse los siguientes:

1º En memorial sin fecha, recibido por el Secretario del Tribunal el 13 de marzo y destinado a él, manifestaba el doctor Pupo Villa su sorpresa de que se tratara de hacerle notificación de "una sentencia proferida en un negocio civil en el cual presenté, desde el seis del presente mes, memorial de sustitución....". Después de otras expresiones, terminaba manifestando:

"De manera que, si, a despecho de aquella sustitución en el doctor Gómez Naar, los señores Magistrados no se han dignado resolver lo que era de ley imperativa, y prefirieron con fecha DIEZ del presente mes, proferir un fallo que les estaba vedado, allá ellos que son los únicos que tienen que saber la responsabilidad penal en que han incurrido, máxime cuando apelaron al recurso del papel común, sabiendo que estaban barridos del Tribunal Superior, pues ya se sabía la nueva nómina de Magistrados. Yo, pues, no tengo por qué notificarme de nada".

A lo anterior hay que observar:

a) Que la manifestación de que el fallo les estaba "vedado" a quienes lo dictaron, unida a la advertencia de que incurrieron en responsabilidad penal, no guarda relación con la conducta que, sobre tales supuestos, ha debido juzgarse obligatoria para el reclamante, o sea, la de presentar denuncia ante la autoridad competente, conforme a lo prescrito en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal.

b) Que el hecho de que la sentencia la hubieran proferido los Magistrados, a sabiendas de que "estaban barridos", no sólo no arguye procedimiento ilegal o siquiera indelicado, sino, antes por el contrario, es laudable e índice de su alto sentido de la responsabilidad. Lo reprochable sería el que hubieran optado por seguir la costumbre no por común menos funesta, en casos similares, de paralizar el despacho de los negocios, en una especie de ilegal y anticipado desquite de su no reelección para cargos que las instituciones colombianas no hicieron vitalicios, por señalados que sean los méritos de sus titulares.

c) Que el empleo de papel común en los juicios civiles, no es "recurso" o expediente de mala índole, sino fiel cumplimiento de la ley, que dice:

"Si la parte obligada no suministra el papel que le corresponde, el Secretario lo suple con papel común.

"La parte renuente no es oída en el juicio mientras no consigne en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que ha debido emplear, estampillas que se adhieren a los autos y se anulan por el Secretario". (Art. 351 del C. J.).

Complemento de la disposición anterior es la del artículo 352 del mismo Código, según la cual "los Secretarios, bajo una multa de uno a cinco pesos por cada contravención, deben notificar los autos y sentencias dentro de los términos señalados por la ley, **haya o no papel sellado para ello.** Si no lo hay, se aplica la sanción establecida en el artículo anterior". (Subrayó la Sala).

d) Que la sugerencia relacionada con la fecha del fallo (10 de marzo), en contraste con la primera nota del Secretario sobre entrada al despacho, el 6 de los mismos, del memorial de sustitución, carece del significado que, tácitamente, pretende dársele, entre otras razones, porque esta: porque consta fehacientemente, en estas copias, que el Magistrado doctor Emiliani Román hizo uso de una licencia presidencial de cinco días, contables a partir del 6 citado, y que se reintegró al despacho un día antes, el 10. Desde este punto de vista, el segundo informe o "constancia" del Secretario se ajusta a la realidad, habiendo sido el primero el que no podía ser totalmente exacto, por la ausencia del referido Magistrado.

2º En memorial del 11 de marzo, dirigido al doctor Emiliani Román por el doctor Ramón Gómez Naar, éste manifestó, entre otras cosas:

"Al presentar el poder de sustitución ante la Secretaría, debidamente aceptado, hace aproximadamente una semana, **de hecho y de derecho la Sala quedó desintegrada.** La actuación subsiguiente no puede ser otra que la tramitación de los impedimentos de los Magistrados doctores Blanco Cabeza y Mercado".

Relata luégo el peticionario algunos antecedentes habidos entre él y los susodichos Magistrados, y termina de esta suerte:

"Resumen. Tanto el Honorable Magistrado doctor Blanco Cabeza como el doctor Mercado no conocen en el Tribunal de mis asuntos judiciales. Cualquier interferencia ahora en este cuantioso pleito judicial no tendría justificación. Puesto que esos funcionarios vienen declarándose impedidos conmigo de manera sistemática y continuada. Si no les he allanado el impedimento es porque de buena gana he aceptado esa enemistad.

Hacer una excepción en el presente y cuantioso pleito judicial sería un hecho grave. Hay también algo más grave que es lo siguiente: el Honorable Magistrado a quien me dirijo tiene en su poder desde el momento en que se reincorporó a su trabajo el memorial por el cual el doctor Pupo Villa me sustituyó el poder que debió ser tramitado de inmediato. Como también sabe y conoce la enemistad manifiesta existente entre mi persona y los Honorables Magistrados doctores Blanco Cabeza y Mercado... luego si ocurre algo grave en este negocio es con entera premeditación y a sabiendas.—Es cuanto tengo que decir por el momento".

El Secretario, al dar fé de la presentación personal del escrito, en la misma fecha, y de que lo pasaba al despacho, informó además "que el negocio a que se refiere está en notificación de la sentencia".

El 14 del mismo mes, el Ponente o Sustanciador, doctor Emiliani Román, dictaba, en relación con dicho memorial, auto en que decía: "Agréguese a sus referentes.—Cúmplase...".

En nuevo escrito del 18 del mismo mes, el doctor Gómez Naar insistía en sus puntos de vista; en su concepto, con la sola presentación del memorial-sustitución, la Sala respectiva había quedado "de manera AUTOMATICA.... desintegrada", "por razón de los impedimentos existentes entre los Honorables Magistrados doctores Mercado y Blanco Cabeza". Añadía una nueva observación, o sea, "las vinculaciones de todo orden, de toda índole, que atan al Honorable Magistrado Enríque Emiliani Román con los doctores Roberto Mordecay Marrugo y Ernesto Jiménez". Advertía que el fallo del Tribunal carecía por completo de vida jurídica, como dictado por funcionarios "impedidos legal y moralmente", y terminaba de esta manera:

"FINALIDAD. La finalidad que se persigue con este memorial, Honorable Magistrado doctor Emiliani Román, es suplicarle que no siga interviniendo en este asunto, puesto que los nexos que lo vinculan a los abogados de la contraparte así lo demandan. El nuevo Tribunal de Justicia que ya está a la vista, se encargará de desatar esta litis ya en un plano muy distinto".

Otra vez más, en solicitud del 2 de abril siguiente, dicho abogado, después de recalcar en que la parte que él representaba le había "retirado la confianza" al funcionario doctor Emiliani Román, alegaba que la amistad "con los señores de la contraparte" y, de otro lado, "la enemistad manifiesta con mi persona" eran motivos suficientes de impedimento que debía declararse. "Faltan —concluía— menos de cuatro semanas para que este negocio entre en un clima de normalidad", con la instalación del nuevo Tribunal.

En auto del 7 de abril de 1950, el doctor Emiliani Román se negó a declararse impedido, expresando ser inexacto que lo ligara amistad íntima con los doctores Mordecay Marrugo y Jiménez, o enemistad con el doctor Gómez Naar, quien, por el contrario ,era su amigo desde la infancia.

Caben, en relación con lo anterior, las siguientes observaciones:

a) No resulta exacto que la Sala falladora quedase "de hecho y de derecho desintegrada", mediante la simple presentación del memorial en que se sustituía un poder. Por el contrario, **de hecho y de derecho continuaba** integrada.

De hecho, porque, aunque dicho memorial se dirigió, al parecer intencionalmente, a todos los Magistrados de la Sala, correspondía tramitarlo y firmarlo; auto admisorio solamente al Ponente, o Sustanciador, doctor Emiliani Román. Los demás no tenían obligación de informarse al respecto, ni, informados extraoficialmente, los ligaba el deber de suspender la revisión de un proyecto de sentencia que, normalmente, se les había sometido con anterioridad a su consideración.

No debe perderse de vista que el fallo se dictó el 10 de marzo, y que solo ese día entró a despacho, NO DE LA SALA, sino del Sustanciador, el escrito de sustitución.

Tampoco puede hacerse abstracción de las anotaciones del doctor Emiliani Román, en su auto del 7 de abril de 1959, según las cuales ".....los Honorables Magistrados enemistados con el doctor Gómez Naar, no tuvieron conocimiento de la sustitución que hizo en este el doctor Pupo Villa, porque la sentencia había sido firmada. Efectivamente, el día diez de marzo en las primeras horas de la mañana el suscrito Magistrado pasó a la Secretaría del Tribunal la sentencia firmada, y con posterioridad a este hecho recibió el memorial de sustitución, sustitución que se hizo con el exclusivo fin, no tiene reato en manifestarlo el doctor Gómez Naar, de desintegrar la Sala para impedir el fallo".

No habiendo corrido tiempo suficiente para que los Magistrados manifestasen el presunto impedimento, es meridiano, frente a las normas procesales, que, en el momento de firmarse el fallo, aún

continuaba el delegante conservando su representación, pues ni siquiera se había dictado providencia que aceptase y notificase la sustitución.

También de **derecho** continuaba la Sala integrada:

Claro aparece que, si conforme a la norma del artículo 265 del Código Judicial, "la renuncia no pone término al poder, si no queda sustituto en reemplazo, o no se hace saber por notificación personal al poderdante sustituidor", tampoco la sustitución produce pleno efecto ,mientras no haya sido aceptada por el Juez o Tribunal, en proveído ejecutoriado.

De otra parte, aun suponiendo que esto último no fuese totalmente cierto, la verdad es que el artículo 147 del mismo Código Judicial establece que la jurisdicción se suspende "por impedimento del Juez para conocer de un asunto, desde que se manifieste la causal por quien corresponde, hasta que las partes le prorroguen la jurisdicción si es prorrogable".

De manera que la tesis de la inhabilitación automática, suponiéndose reales los hechos alegados como constitutivos de impedimento, no encuentra arraigo en la ley.

b) En cuanto al pretendido impedimento del doctor Emiliani Román, cabe observar dos cosas: primeramente, aparece extraño que, inicialmente, no se le hubiera considerado impedido, en razón de enemistad con el doctor Gómez Naar, sino que la referencia a los impedimentos se hubiera limitado a la presunta enemistad de los otros Magistrados con el sustituto; en segundo lugar, el procedimiento no resulta ceñido a las previsiones de la ley, y bien puede calificarse de extravagante.

La razón de esto último es obvia: los impedimentos son hechos que, por ministerio de la ley, deben manifestarse y se manifiestan espontáneamente, **motu propio,** por quienes se hallan en tal situación. Si ello no se hace, el procedimiento regular no es el de invitar a los Jueces a que se declaren impedidos, sino el de **recusarlos** formalmente (artículo 440 del C. J.).

Entre las formalidades de la recusación, en materia civil, está prevista la de que el escrito correspondiente se dirija, en un Tribunal, "a los demás Magistrados que forman la Sala respectiva" (artículo 442 del C. J.). Con la circunstancia de que los funcionarios a quienes corresponde esta calificación, "no están impedidos, ni son recusables", para tal efecto (artículo 443 ibídem).

Tiene este procedimiento, que es el señalado en las leyes, el peligro para el recusante de que se le condene en costas y aun a multa, si no prueba las causales de recusación alegadas y es manifiesta su temeridad (artículo 445 ibídem). Pero tal peligro debe afrontarse por el litigante que proceda de buena fé, para que no se crea que la omisión en seguir el procedimiento regular arguye falta de confianza en la bondad de sus propios argumentos, o ánimo deliberado de evadir, **a priori,** las consecuencias de una actividad procesal que, de seguirse el procedimiento ajustado a la norma, sabe de antemano el recusante que habría de desembocar en las sanciones aludidas.

Ha debido, pues, **recusarse** al Sustanciador, doctor Emiliani Román, si es que se creía que había faltado a su deber de declarar un impedimento que realmente existía.

c) También en los casos de recusación, rige principio semejante al de los impedimentos, en cuanto a la suspensión de la jurisdicción. Este fenómeno se cumple, a partir del momento en que "el Juez o Magistrado recibe aviso oficial de haber sido admitida, hasta que se le comunique, también oficialmente, que ha sido negada la recusación". (Artículo 147 del C. J.).

Obsérvese cómo el texto habla de aviso "oficial", y no de conocimiento adquirido por otro conducto.

d) De acuerdo con las anotaciones que anteceden, es evidente que, llegada la oportunidad procesal adecuada, si los restantes Magistrados de la Sala, estando impedidos, no manifestaban su inhabilidad, han debido ser recusados por la parte interesada, para que pudiera obrar la suspensión de jurisdicción a que se hizo referencia.

En resumen, no hubo tal inhabilidad **automática** de ninguno de los Magistrados de la Sala de Decisión que dictaron el fallo.

3º En memorial del 14 de marzo citado, el doctor Gómez Naar promovió incidente de nulidad de la actuación sobre las siguientes bases:

I. El texto del artículo 448 del Código Judicial sobre nulidades, en relación con el artículo 334 ibídem, según el cual "ningún Juez puede conocer de un negocio para el cual esté impedido por causa legítima, sin que se le haya prorrogado la jurisdicción, conforme a la ley".

II. El memorial de que el abogado derivó su personería (sustitución), fue presentado el 6 de marzo, y no obstante haber pasado **el mismo día al despacho del señor Magistrado,** se dictó el fallo de instancia "sin jurisdicción para ello, por concurrir con **dos Magistrados** de la Honorable Sala

la causal de impedimento que prevé el ordinal 12 del artículo 435 del C. J.".

III. En todos los negocios asistidos por el reclamante, los Magistrados Blanco Cabeza y Mercado se declararon siempre impedidos, luego, por la presentación del memorial de sustitución, "surgió ipso facto una causal legítima de impedimento", o sea, la enemistad manifiesta sin prórroga de jurisdicción.

IV. La causal de impedimento estaba pendiente, aunque los referidos Magistrados ignoraran, al firmar el fallo, el hecho de la sustitución, luego es nulo porque estaban impedidos y la jurisdicción no se había prorrogado

V. Aducir que el fallo ya está o estaba proferido, no es argumento, porque existía, de antemano, la causal de impedimento.

VI. Argumento analógico: si el juicio se hubiera tramitado como ordinario (opción reconocida por la ley procesal), habría podido acusarse el fallo "por haber concurrido a dictar sentencia no un magistrado sino varios magistrados CUYA RECUSACION FUNDADA EN CAUSA LEGAL ESTUVIESE PENDIENTE o se hubiere desestimado siendo procedente como parece que la honorable Sala falladora la desestimó **de hecho,** puesto que antes del fallo no hizo manifestación alguna al respecto, para si la hubiere desestimado con manifestación expresa haber podido yo proponer la recusación formal contra los Magistrados impedidos".

VII. El Tribunal no podía dictar sentencia "sin manifestar el impedimento o sin manifestar su desestimación o sin tramitar la recusación".

VIII. La jurisdicción se suspende, por impedimento o por recusación, en la forma prevista en el ordinal 2º del artículo 147 del C. J.

IX. "Al Tribunal en este caso se le abrían estas vías: o manifestaba el impedimento o no lo admitía y en este último evento a mí se me abría la ancha vía de la recusación... Con el fallo sorpresivo del Tribunal se le cerraron todas las vías al Derecho... Este procedimiento ...es tan injusto que su justicia clama al cielo..."

X. "No creo que el Tribunal vaya a aducir el argumento simplista de que aún no había sustanciado el poder sustitución —que tuvo tiempo de sobra para hacerlo— y por ello podía fallar considerando que no había impedimento mientras no se manifestara. Ya esto sería el colmo del absurdo y de refinada mala fé...."

No obstante que, prácticamente, los argumentos anteriores quedaron rebatidos atrás, la Sala habrá de referirse, en concreto, a ellos, en forma sucinta:

a) No eran pertinentes los artículos 334 y 448 del Código Judicial, porque, aun suponiendo cierta la enemistad alegada por el reclamante, al dictarse el fallo no había llegado la oportunidad procesal de manifestarse los impedimentos.

b) Es inexacto que el memorial-sustitución hubiera entrado al despacho del Sustanciador el mismo día en que se presentó. La nota secretarial en que tal cosa se hizo constar, fue corregida posteriormente, para ajustarla a la verdad. Y es evidente que sólo el 10 de marzo, fecha del fallo, entró el memorial a despacho. Las copias no dejan duda al respecto.

b) También es evidente que de la premisa, suponiéndola cierta, de que los Magistrados Blanco Cabeza y Mercado se hubieran declarado siempre impedidos en los negocios del doctor Gómez Naar, no fluye la conclusión que éste saca.

d) Es, asimismo, inexacto que "la causal de impedimento" estuviera pendiente; dentro de la eventualidad que domina en el procedimiento, mal podía estarlo, cuando, al dictarse el fallo, ni los Magistrados sabían de la sustitución, ni el poder había sido aún admitido. Se parte de un supuesto injurídico, cual es el de la inhabilitación "automática".

e) Como la causal de impedimento, caso de ser real, no había tenido ocasión de producir ningún efecto, por causa del momento en que se consideró o debía considerar la sustitución, es evidente que el fallo no implica abuso o anomalía alguna.

f) El argumento analógico a que se aludió bajo el aparte VI, no tiene eficacia, porque, al dictarse el fallo, no había recusación pendiente. Mal podía la Sala falladora desestimar una recusación no propuesta.

g) Lo dicho bajo el aparte VII se refiere a argumentos ya analizados o a objeciones ya rebatidas.

h) Es cierto que la jurisdicción se suspende, conforme a lo prescrito en el ordinal 2º del artículo 147 del C. J. Pero tál no era el caso del negocio aludido, según se demostró atrás.

i) También quedó explicado por qué el Tribunal o los Magistrados no tenían que manifestar ningún impedimento, en razón del momento en que la sentencia se dictó. Sentencia que no fue "sorpresiva", por lo mismo que se estaba dentro de los términos legales para dictarla, conforme debe presumirse.

j) El Tribunal adujo, precisamente, la razón que el abogado rechaza, pero que esta Sala prohija: cuando entró el memorial de sustitución a despacho del Sustanciador, el fallo estaba firmado. No había ninguna razón legal para volverse atrás. En este respecto, la manifestación hecha, en forma expresa, por el doctor Emiliani Román, en el auto de 7 de abril, a que se aludió antes, hay que presumirla ajustada a la verdad. Es absolutamente lógica y guarda riguroso paralelismo con la mecánica legal de los hechos procesales, atrás anotada (fecha de entrada a despacho del memorial sustitución, momento en que debía o podía resolverse, licencia y ausencia del Magistrado Sustanciador, calidad y efecto de los impedimentos presuntos, no manifestados, no inhabilitación automática, etc.).

En resumen, o la manifestación dicha corresponde a la verdad, como debe presumirse, o no. Si lo primero, el fallo fue oportuna y regularmente dictado; si lo segundo, también se saca la misma conclusión, "pues los impedimentos no se operan automáticamente como lo pretende el peticionario", según se lee en el mismo auto.

CONSIDERACIONES GENERALES:

I

De conformidad con las observaciones precedentes, nada aparece, en la actuación de los señores Magistrados de la Sala Civil que falló el negocio aludido, y, especialmente, en la del Ponente, doctor Emiliani Román, que pueda y deba ser objeto de una investigación penal. Por lo que hace al procedimiento, él estuvo y resulta perfectamente ajustado a la ley. En cuanto a la cuestión de fondo, nadie ha acusado la sentencia de injusta, y, al contrario, se presenta como un modelo en que corren parejas la abundancia de razones y el afán de acierto.

Por lo tanto, lo indicado es archivar estas copias previa la declaración que procede sobre carencia de materia por investigar.

II

En cuanto a la conducta del abogado o abogados de la parte demandada, hay que tener en cuenta:

a) En el auto que denegó la declaración de nulidad, se hizo este comentario:

"....sustitución que se hizo con exclusivo fin, no tiene reato en manifestarlo el doctor Gómez Naar, de desintegrar la Sala, para impedir el fallo. Esta actitud, la de desintegrar la Sala, utilizando ajenos impedimentos es indudablemente censurable y constituye un socorrido sistema de litigar REÑIDO CON ELEMENTALES PRINCIPIOS DE ETICA PROFESIONAL, y contra cuyo uso el Tribunal en esta ocasión, como en otras, deja constancia de su protesta". (Las mayúsculas no están en el texto).

b) En memorial dirigido al Tribunal Superior de Cartagena, con fecha del 22 de mayo último, que, sin resolver, se ordenó agregar a estas copias, los doctores Roberto Mordecay Marrugo y Ernesto Jiménez, apoderados de la parte actora, en el juicio de separación de bienes, manifiestan:

"....la investigación debe enderezarse también contra nosotros, por lo que pedimos a ustedes se sirvan ordenarlo así", pues tendría "que ser necesariamente cómplices del ilícito creado por una mente morbosa".

Y agregan:

"Pero como el abogado instigador del nuevo proceso penal no ciñe su conducta a la ética profesional, como lo demuestran sus memoriales donde confiesa con naturalidad desconcertante y contumaz —y con menoscabo del digno antecesor suyo en el pleito— haber cedido su enemistad personal para desintegrar la Sala falladora, e impedir el juzgamiento, muy respetuosamente pedimos a usted que con copia de lo conducente se investigue y sancione con igual celo tal pecado contra la ética profesional".

No parece, por lo visto, lógica la posición del Tribunal Superior de Cartagena. De una parte, si tenía la convicción de que el abogado o abogados habían faltado a la ética profesional, ha debido adelantar investigación oficiosa, conforme a lo prescrito en la Ley 69 de 1945. De la otra, el memorial a que acaba de aludirse, es, en lo pertinente, una verdadera denuncia.

Debe, por lo tanto, proveerse sobre el particular.

* * *

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º No hay lugar a abrir investigación por los hechos a que se alude en la parte motiva, relacionados con la Sala Civil del Tribunal Superior de Cartagena, que dictó sentencia en el juicio de separación de bienes aludio en la misma parte.

2º Para efecto de la investigación a que pueda haber lugar, por alguna de las faltas a que alude la Ley 69 de 1945, envíese copia de esta providencia y del memorial de los doctores Jiménez y Moerdecay Marrugo a dicho Tribunal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

LA CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL, NO ES PERTINENTE ALEGARLA NI EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO NI EN LOS QUE SE DESARROLLAN CON LA INTERVENCION DE CONSEJOS VERBALES DE GUERRA. — ALEGAR QUE HUBO PRUEBAS MAL APRECIADAS O QUE OTRAS NO SE TUVIERON EN CUENTA SIENDO MAS ACEPTABLES, NO ES ASPECTO QUE QUEPA DEBATIR EN CASACION. — ES INVALIDO EL ARGUMENTO DE QUE LOS VOCALES DE UN CONSEJO DE GUERRA VERBAL NO CONSTITUYEN JURADO, PROPIAMENTE DICHO, Y QUE SUS VEREDICTOS DISTAN DE ASIMILARSE A LOS PROFERIDOS POR LOS JUECES DE HECHO QUE INTERVIENEN EN LAS CAUSAS PENALES ORDINARIAS. — CUANDO LA CAUSAL 2ª SE QUIERE HACER VALER, NO PARA IMPUGNAR EL VEREDICTO SINO POR ATRIBUIRLE A LA SENTENCIA VIOLACIONES EN LA APLICACION DE LA LEY PENAL SUSTANTIVA, ES PRECISO RELACIONARLA CON LA 1ª

1.—El recurso extraordinario de casación contra los fallos que se profieren con aplicación del Código Penal Militar, fundado en la causal segunda de las comprendidas en el artículo 567 del C. de P. P., no procede en razón de los motivos que allí se determinan, relacionados todos con la equivocada valoración probatoria de hechos costitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, en la sentencia acusada, cuando la decisión del fallador descansa en un veredicto proferido por los Jueces de Hecho.

Ello es así necesariamente porque el veredicto del Jurado obliga al Juez de derecho, salvo que sea contraevidente —supuesto en el cual el Juez está autorizado para declararlo así— o que sea contradictorio. Si de contraevidente se trata en casación, no puede declararse, y si de contradicción en los términos del veredicto, el recurso extraordinario puede prosperar fundándolo en la causal séptima.

2.—Alegar que hubo pruebas mal apreciadas o que otras no se tuvieron en cuenta siendo más aceptables, no es aspecto que quepa debatir en casación porque la propia ley no sometió las decisiones de los jurados a tarifas probatorias y consagró, para defensa de su soberanía, la libre convicción o convicción íntima sobre los hechos sometidos a su fallo.

3º—Es inválido el argumento de que los vocales de un Consejo de Guerra Verbal no constituyen jurado, propiamente dicho, y que sus veredictos distan de asimilarse a los proferidos por los Jueces de Hecho que intervienen en las causas penales ordinarias. Simplemente ocurre que el derecho castrense tiene características que le son propias, lo mismo en cuanto a los delitos que en cuanto al procedimiento, que impone modalidades que consultan los sistemas de la organización militar, la jerarquía y la disciplina. No porque en los juicios penales por delitos militares los Consejos de Guerra tengan que estar integrados por miembros del Ejército de determinados grados, según sea el de la persona que se va a juzgar, ni porque las partes deban estar representadas en ciertos casos también por oficiales de las Fuerzas Armadas, los Vocales dejan de actuar como jurados, ni sus veredictos pierden su naturaleza de decisiones de hecho.

Cuando concretamente el procedimiento es el indicado para Consejos de Guerra Verbales, su celeridad impone un sistema de pruebas que se acomode a esa exigencia, sin que por el hecho de poder los vocales intervenir en su recepción, interrogando o repreguntando testigos, se conviertan en instructores o en Jueces de Derecho.

4.—Si la causal segunda de casación quiere hacerse valer no para impugnar el veredicto sino por atribuírle a la sentencia violaciones en la aplicación de la ley penal sustantiva, es preciso relacionarla con la

primera, que es la establecida para cuando la sentencia resulta "violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio diez y siete de mil novecienos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Por sentencia de 15 de noviembre de 1957 la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal —Tercera Brigada del Ejército Nacional, con residencia en la ciudad de Cali— condenó al agente de la Policía DIOMEDES MINA GOMEZ, a la pena principal de diez años de presidio, como responsable del delito de **homicidio,** y a las sanciones accesorias previstas en el artículo 58 del Código Penal.

Se profirió dicho fallo acogiendo el veredicto afirmativo de responsabilidad que por mayoría pronunciaron los vocales designados como integrantes del Consejo, en respuesta a la cuestión siguiente:

"El sindicado, agente de la Policía Nacional, División Valle, DIOMEDES MINA GOMEZ, es responsable, SI o NO, de haber disparado su revólver de dotación con el propósito de matar, contra ROSA MARIA VENEGAS DE MUÑOZ, ocasionándole la muerte; hecho que tuvo ocurrencia el día veinticinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, encontrándose el mencionado Agente de servicio en la comprensión del Municipio de Obando?"

Elevado el fallo en consulta ante el Tribunal Superior Militar, éste lo confirmó, reformándolo en cuanto a la pena principal que redujo a ocho años y dos meses de presidio, y cambiando las accesorias por las previstas en el artículo 112 del entonces vigente Código de Justicia Penal Militar. (Sentencia de 19 de abril de 1958).

Contra esta providencia el reo interpuso el recurso extraordinario de casación y por medio de apoderado se formuló la demanda en tiempo oportuno. De su mérito procede la Corte a decidir, cumpliendos como están los trámites fijados en el Código de Procedimiento Penal.

* * *

No se detendrá la Sala en la relación de los hechos que dieron origen al proceso porque nada hay que estudiar en relación con ellos para decidir del recurso, imposible de prosperar por razones estrictamente jurídicas, como pasa a demostrarse del examen de la demanda.

FUNDAMENTOS DE ESTA:

Dice el señor apoderado:

"En la sentencia recurrida el Tribunal dá por establecida la materialidad del homicidio, y en cuanto a la responsabilidad hace un análisis de las dos versiones que entran en juego dentro del proceso, para darle finalmente aceptación plena a la versión establecida por los parientes y allegados de la víctima. Fue así como da por sentado que se han satisfecho los dos requisitos que para dictar sentencia condenatoria exige el artículo 269 del C. de J. Militar".

Agrega otras consideraciones no atinentes a la casación para en concreto pedir la declaración de "que dicho fallo es INVALIDO". Invoca "la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P., por mandato expreso del artículo 9º del Decreto 2.311 de 1953, derogado por el artículo 597 del Decreto 0250 de 1958, o sea el actual Código de Justicia Penal Militar".

"La sentencia recurrida —continúa diciendo— en virtud de la causal 2ª invocada, debe ser casada, ya que al procesado se le ha debido declarar **no responsable** de los hechos, por carencia de elementos de convicción sobre su responsabilidad, debido a la errada apreciación de los hechos, ya que se les atribuyó un valor probatorio que no tienen, se les negó el que sí tienen, no se tomaron en cuenta determinados hechos acreditados en el proceso, todo lo cual exime de responsabilidad al procesado Diomedes Mina Gómez, o por lo menos la modifica sustancialmente".

Sentado como está por la Corte que el recurso de casación es improcedente con base en la causal segunda cuando se trata de juicios con intervención del **jurado,** el apoderado pretende obviar la dificultad doctrinaria argumentando de esta manera:

"De tal manera que a simple vista puede parecer un despropósito jurídico invocar la causal segunda del artículo 567 en los procesos penales militares, cuando se ha decidido la responsabilidad del procesado mediante el procedimiento de los Consejos Verbales de Guerra. ¿Es pertinente entonces invocar dicha causal, o no lo es? Para

resolver acertadamente esta cuestión jurídica es necesario distinguir entre la naturaleza de la actuación de los vocales en los Consejos de Guerra Verbales y la actuación de los jurados en la justicia ordinaria.

"La Justicia Penal Militar está instituída como un caso de excepción, que se aplica según procedimientos especiales, en forma breve y sumaria. Mientras que la justicia ordinaria está sometida a todos los trámites indicados en el procedimiento común.

"Por consiguiente, los miembros del jurado en la justicia ordinaria son auténticos Jueces de Conciencia, pues califican los hechos por íntimo convencimiento y sin sujeción a reglas probatorias, determinando la responsabilidad del autor o autores. No sucede lo mismo con los vocales de los Consejos Verbales de Guerra, que no son auténticos Jueces de Conciencia, ya que ellos toman parte activa en la investigación, de los hechos convirtiéndose, en consecuencia, en Jueces de Instrucción y en Jueces de Derecho.

"Dada la índole de sus actuaciones, no se puede asimilar los miembros del jurado de la justicia ordinaria con los vocales de los Consejos Verbales de Guerra. Son entidades distintas que actúan dentro de un plano jurídico diferente. Pues al paso que los miembros del jurado forman su juicio en conciencia, los vocales de los Consejos de Guerra intervienen decisivamente en el proceso, ora rechazando pruebas, ora declarando su conducencia u ordenando la práctica de algunas. Todo lo cual está vedado a los miembros del jurado. Además, los vocales de los Consejos de Guerra actúan dentro de un proceso breve y sumario, mientras que el jurado lo hace según los términos establecidos previamente.

"Los miembros del jurado son escogidos de ciudadanos pertenecientes a las distintas esferas sociales, incluyendo al sexo femenino y constituyen el Tribunal Popular o justicia del pueblo, dentro de la más rancia concepción democrática; mientras que los vocales de los Consejos Verbales de Guerra son seleccionados de entre la casta militar, por orden de jerarquía, de tal manera que el inferior no puede juzgar al superior".

En apoyo de su argumentación copia, por estimarlos pertinentes los artículos 480, 481 y 494 del C. de P. P., y 3º, 22, 416, 417, 420, 421, 422 y 423 del abolido C. de J. P. M. que se refieren al procedimiento en los Consejos de Guerra Verbales no modificado en el Decreto 0250 de 1958.

En conclusión, según el recurrente, "la sentencia del Tribunal violó el artículo 1º de la Ley 95 de 1936 y el artículo 1.218 del antiguo C. de J. Penal Militar, lo mismo que el artículo 153 del C .de P. Penal, por no haberlos aplicado".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Brevemente, para oponerse a la petición del demandante, el señor Procurador Delegado de las Fuerzas Armadas, expone:

"No ve el Ministerio Público, por más empeño que pone el recurrente en su demanda al respecto, cuáles son las diferencias esenciales que existen entre los Jueces de Conciencia y los Vocales de un Consejo de Guerra, que hicieran que estos últimos no participaran de la calidad de aquellos en punto a su veredicto.

"Qué es en conciencia el fallo proferido por los Vocales de un Consejo de Guerra, es asunto a todas luces incuestionable, ya que la existencia de ellos no obedece a razón distinta.

"Creo muy importante traer a cuento, que para hacer viable la causal segunda ante la extinguida Corte Militar de Casación y Revisión, fue necesario que un decreto legislativo, el 2.900 de 1953, estableciera en el numeral segundo de su artículo 153, que esta causal 'podrá alegarse aún en causas falladas con intervención de Consejos de Guerra'.

"Por manera pues que es tan relievante la doctrina sostenida por esa Honorable Corporación sobre este punto, que la ley, antitécnicamente por cuanto la conducencia de una causal no puede ser objeto de legislación sino de jurisprudencia so pena de desvirtuar el altísimo interés que justifica el recurso, la hizo procednte en causas falladas con intervención de los Vocales de un Consejo de Guerra.

"Afortunadamente el actual Código Penal Militar le puso fin a tan grave anomalía.

"En fallo de abril diez y nueve de mil novecientos cincuenta y nueve emanada de la Sala Penal de esa Honorable Corporación, se dijo lo siguiente:

'Como quedó expresado, en la demanda se pretende hacer una distinción entre juicio con intervención de jurado y juicios de Consejo Verbal de Guerra a los fines de que en cuanto a los primeros persista la doctrina de la Corte en el sentido de que en ellos no procede la causal segunda de casación pero que en los otros se determine un diverso tratamiento que permita el juego de esa causal en forma tan amplia como si en ellos

no hubiera intervenido tribunal de conciencia. Claro está que esta distinción no es posible formularla sin incurrir en arbitrariedad, precisamente porque la índole de estos juicios, por el aspecto de fallo de conciencia, los hace equiparables, y entonces la consideración de ambos debe ser análogo. Por lo tanto la doctrina recordada por el recurrente es indispensable sostenerla tanto para el juicio con intervención de jurado como para el que se desarrolla con la intervención de Consejos Verbales de Guerra. En estos juicios la prueba de la responsabilidad es el veredicto del jurado o del Consejo Verbal, prueba que no es susceptible de impugnación con invocación de la causal segunda, precisamente porque ella se genera y emerge en el proceso a través de una elaboración de conciencia, al margen por completo de cualquier tarifa legal' ".

CONSIDERA LA SALA:

1º El recurso extraordinario de casación contra los fallos que se profieren con aplicación del Código Penal Militar —como es el caso **sub-judice**— fundado en la causal segunda de las comprendidas en el artículo 567 del C. de P. P., no procede en razón de los motivos que allí se determinan, relacionados todos con la equivocada valoración probatoria de hechos **constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores** de la responsabilidad, en la sentencia acusada, cuando la decisión del fallador descansa en un veredicto proferido por los **Jueces de Hecho.**

2º Ello es así necesariamente porque el veredicto del Jurado obliga al Juez de Derecho, salvo que sea **contraevidente** —supuesto en el cual el Juez está autorizado para declararlo así— o que sea contradictorio. Si de contraevidencia se trata en casación, no puede declararse, y si de contradicción en los términos del veredicto, el recurso extraordinario puede prosperar fundándolo en la causal séptima.

3º Pero alegar que hubo pruebas mal apreciadas o que otras no se tuvieron en cuenta siendo más aceptables, no es aspecto que quepa debatir en casación porque la propia ley no sometió las decisiones de los jurados a tarifas probatorias y consagró, para defensa de su soberanía, la libre convicción o **convicción íntima** sobre los hechos sometidos a su fallo.

4º Es inválido el argumento de que los vocales de un Consejo de Guerra Verbal no constituyen **jurado**, propiamente dicho, y que sus veredictos distan de asimilarse a los proferidos por los Jueces de Hecho que intervienen en las causas penales ordinarias. Simplemente ocurre que el derecho castrense tiene características que le son propias, lo mismo en cuanto a los delitos que en cuanto al procedimento, que impone modalidades que consultan los sistemas de la organización militar, la jerarquía y la disciplina. No porque en los juicios penales por delitos militares los Consejos de Guerra tengan que estar integrados por miembros del Ejército de determinado grados, según sea el de la persona que se va a juzgar, ni porque las partes deban estar representadas en ciertos casos también por oficiales de las Fuerzas Armadas, los Vocales dejan de actuar como jurados, ni sus veredictos pierden su naturaleza de decisiones de hecho.

5º Cuando concretamente el procedimiento es el indicado para Consejos de Guerra Verbales, su celeridad impone un sistema de pruebas que se acomode a esa exigencia, sin que por el hecho de poder los vocales intervenir en su recepción, interrogando o repreguntando testigos, se conviertan en instructores o en Jueces de Derecho.

6º Por último, si la causal segunda de casación quiere hacerse valer no para impugnar el veredicto sino por atribuírle a la sentencia violaciones en la aplicación de la ley penal sustantiva, es preciso relacionarla con la primera, que es la establecida para cuando la sentencia resulta "violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

No prospera, en consecuencia, el recurso interpuesto en este proceso y así lo resolverá la Corte.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis E. Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

PECULADO. — OBSERVACIONES EN RELACION CON LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE ESTE DELITO Y SOBRE LAS MODALIDADES QUE PUEDE REVESTIR. EL PECULADO PROPIO. — APROPIAR. —SU DEFINICION. — ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL DELITO DE PECULADO, BIEN POR APROPIACION, YA POR USO INDEBIDO. — CUANDO NO PUEDE INVOCARSE LA OBLIGATORIEDAD DE LA ORDEN SUPERIOR, PARA RADICAR EXCLUSIVAMENTE LA RESPONSABILIDAD EN EL MANDANTE, SI EL HECHO EJECUTADO CONSTITUYE DELITO, CLAROS PRINCIPIOS DIRECTIVOS, EXPRESAMENTE CONTEMPLADOS EN EL C. PENAL, LLEVAN NECESARIAMENTE A APLICAR LAS DISPOSICIONES ATINENTES A LA PARTICIPACION CRIMINAL, O A LA COMPLICIDAD Y A LA COMUNICABILIDAD DE CIRCUNSTANCIAS. — ELEMENTO MATERIAL DEL PECULADO. DOLO. — PECULADO CULPOSO. — RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DE LOS GOBERNADORES DE LOS DEPARTAMENTOS. — FUERO. — OBRA PUBLICA. — QUE ES LO QUE LE DA TAL CARACTER. — GRADO DE CERTEZA QUE EL JUEZ DE DERECHO ADQUIERE A TRAVES DE LA CRITICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL, CONFRONTADA CON OTROS MEDIOS PROBATORIOS, PARA FORMULAR EN CONCRETO UN CARGO PENAL O PARA AFIRMAR LA RESPONSABILIDAD LEGAL. — LOS CODIGOS PENALES NO PROHIBEN EXPRESAMENTE LOS HECHOS: SIMPLEMENTE ENUNCIAN LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LAS INFRACCIONES Y SEÑALAN LA SANCION IMPONIBLE A QUIENES LAS COMETEN. — NOCION JURIDICA DE SERVICIO PUBLICO. — EL CONCEPTO DE PROPIEDAD PRIVADA NO ES INCOMPATIBLE CON EL DE SERVICIO PUBLICO

1.—La administración pública la lesiona el peculado, sin consideración al valor, en sus conceptos de integridad, prestigio, confianza de los asociados en el Estado y sus instituciones, siendo siempre secundario el daño económico, que puede no existir o ser oportunamente resarcido.

El delito de peculado, para emplear la definición de Maggiore, "es la apropiación de dinero o de una cosa mueble, perteneciente a la administración pública, cometida por un funcionario público o por el encargado de un servicio público, que por razón de su cargo están en posesión de esos bienes". Esta definición, que está en un todo ceñida a las dispsiciones del Código Penal Italiano, no se acomoda rigurosamente a nuestro derecho positivo, pues lo mismo en el Capítulo I, Título III, Libro Segundo del Código vigente, como en lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 1.858 de 1951, la tipificación del ilícito es diferente por muchos aspectos.

En primer término, nuestra legislación considera delito de peculado dar el funcionario "a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados", es decir, cuando simplemente el empleado responsable cambia la destinación de los fondos o efectos oficiales, pero siempre en servicio de la administración pública. No exige la disposición al respecto (artículo 150) un dolo específico, ni una finalidad de provecho privado, que puede ocurrir, según el autor que se cita, "en el caso de que el autor del peculado altere en provecho propio o ajeno, el destino específico de la cosa, sin alterar su destino genérico", o "cuando la cosa se ha hecho para un fin de interés público, pero distinto de aquél al que estaba destinada, siempre que esa desviación se efectúe para conseguir alguna ventaja personal, sin que tenga importancia el que este provecho sea económico o moral. Este sería el caso del funcionario que dispusiera arbitrariamente la ejecución de trabajos públicos para procurarse electores". En ambos supuestos

la acción es de "distracción" de los fondos o efectos.

Para Maggiore, "no constituye peculado, sino simple ilícito administrativo, el traslado indebido de un capítulo a otro del presupuesto, cuando falta el elemento provecho". En la ley penal colombiana el hecho constituye delito, si bien sus consecuencias penales son relativamente benignas.

El peculado propio, o sea el previsto en el artículo 151 del Código y está ahora establecido en el artículo 3º del Decreto 1.858, comprende, en su modus operandi, la apropiación "en provecho propio o de un tercero", o hacer "uso indebido de los caudales u otros bienes", "en cualquier forma", acciones éstas de tipo intencional o doloso en que se comprenden, con relación a los bienes enunciados en la disposición, el alzamiento, el desfalco, la malversación, del Código Italiano y la distracción.

Apropiar, en su acepción pertinente, es "tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueño de ella, por lo común de propia autoridad". En su sentido jurídico, Maggiore, en relación con el peculado, dice que "apropiarse una cosa significa disponer de ella como si fuera el propietario (uti dominus) (como el dueño); y como la cosa está únicamente en posesión del agente, el peculado, lo mismo que la apropiación indebida, en general, supone una inversión del título para poseer, a diferencia del robo, en que la posesión se invierte. La cosa se halla en posesión del agente, pero éste ejerce sobre ella actos de dominio incompatibles con el título por cual la guarda".

No sobra recordar que la ley penal colombiana tipifica el peculado propio "por uso indebido" y lo entiende como doloso, en el mismo grado del que se comete por apropiación o sustracción en su sentido estricto, posición jurídica ésta del Código que no contraría la tesis sostenida por connotados tratadistas de la materia de la no existencia del peculado de uso, pues en el desarrollo de dicha teoría distinguen con toda claridad conceptual el simple uso momentáneo de la cosa, que da al agente una tenencia precaria, sin ánimo de adueñarse de ella, del verdadero uso indebido en el que hay actos propios de disposición "uti dominus". En esta última hipótesis no cabe discutir el delito de peculado.

La disposición atrás copiada comprende las dos especies de peculado propio y por ello habla de apropiación "en provecho suyo o de un tercero", y de "uso indebido", "en cualquier forma".

Los elementos que estructuran el delito, bien por apropiación, ya por uso indebido, son:

Sujeto activo o agente del delito.—Lo es el funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, o lo es también, por mandato del artículo 155 del C. P., el que por cualquier concepto esté encargado "de fondos, rentas o efectos pertenecientes a un establecimiento de instrucción o de beneficencia'.

Quiere decir lo anterior que el agente típico del delito de peculado, como hecho que atenta contra el interés jurídico de la administración pública, lo es el funcionario o el empleado que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, pagar, administrar o guardar caudales u otros bienes, propios a las entidades oficiales o a las empresas o instituciones a que se refiere el artículo 3º del decreto ya citado.

Esas condiciones que hacen apto a determinado funcionario público para ser sujeto activo del delito de peculado se exigen, como es obvio, para las formas comunes y simples de la infracción, es decir, cuando se trata de enmarcar jurídicamente, de acuerdo con la ley penal, la conducta aislada, individual, autónoma de un sujeto a quien se imputa el delito. En ese supuesto elemental cabe hacer toda clase de distinciones para saber si un acto de apropiación atribuído a determinada persona constituye peculado, hurto, abuso de confianza, etc. Pero si el delito en la complejidad de su iter críminis ha exigido la participación o cooperación de varias personas, para atribuír a los partícipes o cómplices las calidades especiales que el Código ha establecido para ser agente de una determinada infracción, necesario es recurrir a las disposiciones de carácter general contempladas en la misma ley penal para resolver el problema. Y además de estas disposiciones, precisa tener en cuenta

los preceptos de orden constitucional en los cuales se afianzan aquéllas.

Así las cosas, se tiene:

Por mandato del artículo 20 de la Carta "los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones o por omisinó en el ejercicio de éstas".

A su turno el artículo 21 ibídem, para el "caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona", que puede ser natural o moral, previene que "el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecute", lo que equivale a consagrar, salvo la excepción prevista en el inciso 2º de la disposición, el vínculo de responsabilidad entre el mandante y el mandatario, para todos los efectos de la ley.

El texto aludido da fundamento constitucional al ordinal 2º del artículo 25 del C. P., que hace justo el hecho cometido "por disposición de ley u orden obligatoria de autoridad competente".

Cuando no puede invocarse la obligatoriedad de la orden superior, para radicar exclusivamente la responsabilidad en el mandante, si el hecho ejecutado constituye delito, claros principios directivos, expresamente contemplados en el Código Penal y que son fiel trasunto de la orientación científica que lo inspira, lleva necesamente a aplicar las disposiciones atinentes a la participación criminal, a la complicidad y a la comunicabilidad de circunstancias.

En primer término, el artículo 19 del Código Penal contempla la responsabilidad de los copartícipes de un delito, que puede consistir en tomar "parte en la ejecución del hecho", en prestar "al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse". Aquí la coautoría o la cooperación necesaria están en pié de igualdad con la autoría, propiamente dicha. En segundo lugar y en desarrollo de las teorías penales sobre el mandato criminal, la disposición asimila a autor del hecho a quien "determine a otro a cometerlo".

De suerte que, establecido un nexo entre varios partícipes de una determinada infracción, las notas o calidades que deben ser propias al sujeto activo de ella, no son necesarias para todos los que se comprometem en la empresa criminal, bien sea en calidad de compartícipes, de cómplices necesarios o de cómplices accesorios.

Elemento material del peculado.—En su aspecto material u objetivo, el delito cuestionado se refiere a caudales u otros efectos, que pueden ser, y de ordinario lo son, de carácter oficial. Pero como la disposición penal al respecto es en extremo amplia y comprensiva, la acción del peculado puede recaer sobre caudales o bienes no oficiales, que por una razón u otra, el funcionario está encargado de administrar o guardar.

Dolo.—El peculado, en principio, puede ser intencional o culposo. Como lo estructura la disposición a que se viene haciendo referencia, es por su naturaleza un hecho doloso, puesto que se trata, o de una apropiación en provecho del agente o de un tercero, o de un uso indebido, actividad esta última que comporta también el ánimo de aprovechamiento y consecuencialmente un daño a la administración pública.

Peculado culposo hay, de conformidad con el artículo 154 del Código Penal sólo para los casos en que el funcionario que "no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos" (artículo 12 del Código Penal), da "lugar a que se extravíen o pierdan los caudales o efectos que tuviere bajo su custodia". Está, pues, circunscrita la culpa en el peculado, al extravío o pérdida, eventos que ninguna relación guardan con las acciones positivas de apropiación o uso indebido. Ahora bien, extraviar tiene estas acepciones, para lo pertinente: "Poner una cosa en otro lugar que el que debía ocupar". "No encontrarse una cosa en su sitio e ignorarse su paradero. Perder es "dejar de tener una cosa que poseía con utilidad, provecho o gusto, o que era necesaria para un fin, por culpa o descuido del poseedor, o por contingencia o desgracia".

2.—De acuerdo con la Constitución Política de Colombia, "el territorio nacional se divide en Departamentos, Intendencias y Comisaría; aquéllos y éstas en Municipios o Distritos Municipales" (artículo 5º). "En cada uno de los Departamentos habrá un

Gobernador, que será a un mismo tiempo agente del Gobierno y Jefe de la Administración Seccional" (Artículo 181).

Como cuerpo administrativo cada Departamento tiene una Asamblea, cuya función primordial es votar "anualmente el presupuesto de rentas y gastos", al cual debe conformarse la acción del ejecutivo departamental. Cuando en virtud de disposiciones extraordinarias, tomadas con ocasión y pretexto del estado de sitio, desaparecieron transitoriamente esas corporaciones, fueron sustituídas por los llamados Consejos Administrativos, y la función dicha quedó encomendada a éstos.

El Gobernador, como Jefe de la Administración Seccional, tiene fijadas sus funciones, de manera general, por el artículo 194 de la Carta. Es la principal: "Dirigir la acción administrativa, en el Departamento, nombrando y separando sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos, y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración".

"Los Gobernadores estarán sujetos a responsabilidad administrativa y judicial. Son amovibles por el Gobierno y responsables ante la Corte Suprema de Justicia por los delitos que comentan en el ejercicio de sus funciones" (Art. 126 C. de R. P. y M.).

Siendo los Gobernadores Jefes de la Administración Seccional, no pueden considerarse ajenos a un concepto de responsabilidad, más si se trata de hechos que lesionan, precisamente, la administración pública, y máxime, también, si en la comisión de esos hechos no es que omitan la atribución señalada bajo el número 33 del artículo 127 ibídem, sino que, por el contrario, activamente y en función administrativa y ordenadora toman disposiciones indebidas en relación con los caudales y efectos oficiales.

Ahora bien: es claro que en estricto sentido técnico, los Gobernadores, como los Alcaldes, no son empleados de manejo. Es decir, a ellos no se les confían físicamente los caudales y efectos oficiales, cuestión que es propia a funcionarios dependientes del Jefe de la Administración y que, para responder de sus actos, están obligados a prestar fianza.

Por las razones de índole puramente penal que antes se expusieron y por la naturaleza misma de las funciones que un Gobernador de Departamento tiene, de acuerdo con la Constitución y la ley, resulta obvio que sí es apto o idóneo para incurrir en delito de peculado.

3.—Una obra pública en general, está sometida a trámites precisamente establecidos por la ley. Y tratándose de aeródromos, las exigencias son mayores como que hay un decreto reglamentario especial cuyas normas no pueden eludirse.

Lo que le da a una obra el carácter de servicio público, no es la participación estatal, la inversión de fondos oficiales, sino su propia naturaleza, su objeto y el mandato de la ley, que da la calidad de públicos a todos los servicios que por ser esenciales a la sociedad, como el transporte, las comunicaciones, alumbrado, etc., quedan sometidos a un régimen jurídico, a un ordenamiento, diferente al que es propio a la actividad privada.

4.—La prueba testimonial nunca es perfecta; sus fallas siempre son visibles en toda investigación penal; no todos los testigos pueden ofrecer el mismo grado de credibilidad; no todos tienen la misma capacidad de percepción, ni todos pueden verter con igual fidelidad lo que han percibido. Pero con todo y sus defectos, cuando la prueba testimonial se somete a una sana y científica crítica y conforme a este método se concatenan en sus puntos principales y armónicos distintos testimonios y se les confronta con otros medios de prueba (indicial, documental, pericial, etc.), no es difícil, ni menos imposible, alcanzar el grado de certeza que el Juez de derecho requiere para formular en concreto un cargo penal, conforme a lo preceptuado en el artículo 429 del C. de P. P. o para afirmar, también en concreto, la responsabilidad legal, de acuerdo con el artículo 203 de la misma obra.

5.—Los códigos penales, conforme a la técnica normativa que les es propia, no prohiben expresamente los hechos. Ningún estatuto legal de esta especie podría decir: "Se prohibe robar" o "se prohibe matar". Simplemente enuncian los elementos constitutivos de las infracciones y señalan la sanción imponible a quienes las cometen.

En ese sentido podría decirse que no hay

norma expresa que prohiba distraer los fondos del erario público. Sólo que cuando el funcionario los distrae, una disposición expresa del Código Penal le reprime esa conducta.

6.—"Servicio público, **define el profesor Eustorgio Sarria, es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente, o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas".**

Por su parte, la Corte (Sala Plena), en sentencia de 24 de febrero de 1944, fija este criterio sobre la misma materia:

"No es indispensable para la existencia del servicio público que su prestación esté a cargo únicamente del Estado. Esta apenas es una modalidad adjetiva si se quiere, y así el servicio puede ser organizado por concesionarios o personas particulares. Pero tanto en uno como en otro caso la actividad debe desarrollarse de conformidad con los procedimientos del derecho público, por la naturaleza misma de las necesidades que llena y por las repercusiones de éstas en la vida del conglomerado social".

El Código Sustantivo del Trabajo, para los efectos que indica en el inciso primero del artículo 430, considera como servicios públicos, entre otros: "Los de empresas de transporte por tierra, agua y aire", y el artículo 23 de la Ley 89 de 1938, dispone: "La navegación aérea y los servicios directamente relacionados con ella, se declaran de utilidad pública para todos los efectos legales, y están sometidos a la suprema inspección y reglamentación del Gobierno".

No es, pues, incompatible el concepto de propiedad privada con el de servicio público. Por ello el dueño particular de un aeródromo, no pierde su derecho de dominio, y, simplemente se le limita para que pueda cumplir la función de servicio público.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, abril veintiocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Oficiosamente y a raíz de denuncia publicada en el diario "El Tiempo" de Bogotá, se inició esta investigación en orden a establecer algunos hechos ilícitos atribuídos a funcionarios públicos del Departamento de Córdoba durante la administración de quien fuera allí Gobernador, **DON MIGUEL ANGEL GARCIA SANCHEZ,** en el lapso comprendido entre el 8 de octubre de 1953 y el 21 de mayo de 1957.

Lo aquí actuado por la Comisión Nacional de Instrucción Criminal, o por Juez especial de su depedencia, está a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— de conformidad con el ordinal 6º del artículo 42 del C. de P. P. para calificar la conducta del nombrado señor García Sánchez, cumplidas como están en el proceso las exigencias señaladas por los artículos 424, 425 y 526 de la misma obra (folios 163 a 166 y 173 a 243, cuaderno Nº 8).

HECHOS INVESTIGADOS:

Como necesariamente en el curso de esta providencia calificadora tendrá la Sala que referirse en forma pormenorizada y quizás fatigosa a los muchos hechos que fueron materia de la investigación, a efecto de examinar y estudiar en su alcance penal las actuaciones que se le imputan al sindicado, la relación que impone la ley como parte de la motivación de la providencia de fondo, se hará en la más apretada síntesis que los autos permitan:

Por escritura pública número 2.674, otorgada en la Notaría Séptima de Bogotá el 18 de junio de 1953, adquirieron, a título de permuta, los esposos Gustavo Rojas Finilla y doña Carola Correa de Rojas, la hacienda denominada "SAN ANTONIO", jurisdicción del municipio de Ciénaga de Oro, Departamento de Córdoba. Al celebrarse este contrato el entonces Teniente General Rojas Pinilla ocupaba, de facto, la Presidencia de la República.

En ejercicio de este cargo designó Gobernador del aludido Departamento al señor don Miguel García Sánchez, quien como tal actuó, previa posesión en debida forma, desde el 8 de octubre de 1953, hasta el 21 de mayo de 1957, no importa que de hecho y por acontecimientos políticos de to-

dos conocidos, se hubiera visto separado de su puesto el 10 de los mismos.

Mientras el señor Rojas Pinilla ejercía la Presidencia de la República y el señor García Sánchez la Gobernación de Córdoba, la hacienda "SAN ANTONIO" fue objeto de una serie de mejoras, provenientes unas de la generosidad de los particulares, y otras del indebido uso de los fondos oficiales del Departamento y de la Nación, los cuales fueron aplicados, no sólo de manera arbitraria sino con inconcebible desgreño administrativo, a convertir una propiedad privada en la más fastuosa y mejor dotada en toda clase de servicios, en consideración, simplemente, a la persona del Presidente de la República.

A este fin y poniendo en marcha varias dependencias de la Gobernación, el Deparamento de Córdoba invirtió cuantiosas sumas en distintas obras, como ampliación y tecnificación de una pista de aterrizaje que existía en la hacienda; construcción de unas casetas para el mismo aeropuerto, establos, vías de acceso, obras de ornato, etc. Todo esto lo hizo el Departamento no sólo quebrantando normas que regulan la inversión de fondos públicos, sino lesionando los intereses de la administración. Y fuera de las obras acometidas por el Departamento, algunas veces con la colaboración de otras entidades oficiales, también hubo indebida aplicación de fondos y efectos departamentales, resultante del pago de jornales por trabajos particulares en la finca "SAN ANTONIO"; empleo de la maquinaria y equipo de obras públicas; suministro de combustible y pago de cuentas a empresas o personas particulares por conceptos en un todo extraños a servicios propios de la administración pública.

La aplicación de fondos oficiales en beneficio de una propiedad de los señores Rojas Pinilla y doña Carola Correa de Rojas, lógicamente determinó, cuando las circunstancias lo hicieron posible, la investigación penal para establecer la verdad de los hechos y la responsabilidad de los funcionarios comprometidos en ellos, directa o indirectamente, pero en todo caso por haber obrado en su calidad oficial. Claro está que dentro de la natural complejidad de los organismos administrativos, los actos ilícitos hay que atribuírlos a todos y cada uno de los funcionarios que en razón de los deberes propios a sus cargos, intervinieron en ellos. De ahí por qué resulte comprometida en este proceso la conducta del señor García Sánchez, ex-Gobernador del Departamento de Córdoba, en esa calidad y sin que ello implique que otros empleados departamentales, agentes subalternos de aquél, sean ajenos a una responsabiliadd penal cuya calificación no compete a la Corte, de conformidad con las normas constitucionales y legales que regulan la jurisdicción.

LO QUE RESULTA DE AUTOS:

1º El señor MIGUEL GARCIA SANCHEZ, natural de Cereté, hijo de Lázaro García y Sandiego Sánchez, de 68 años de edad (en 1957), casado, ganadero, agricultor e industrial, fue designado por el Gobierno Nacional para el cargo de Gobernador del Departamento de Córdoba, empleo que ejerció en el lapso ya expresado, de acuerdo con las constancias oficiales que obran a folios 45, cuaderno Nº 1, y folios 74 y 75 del cuaderno Nº 2 del proceso.

2º Los mismos documentos acreditan que esa designación le fue hecha por el entonces Presidente de la República, señor Gustavo Rojas Pinilla.

3º Como es de público conocimiento, el General Rojas Pinilla ocupó la Presidencia de la República el 13 de junio de 1953 y, apenas corridos cinco días, celebró, en asocio de su esposa, el contrato de permuta a que se refiere la escritura pública número 2.674, otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá, mediante la cual adquirieron la hacienda denominada "SAN ANTONIO", en el municipio de Ciénaga de Oro. En autos obra copia de dicho instrumento y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos puede verse a folio 174, cuaderno número 1.

4º En dicha hacienda y a base de donaciones de particulares que querían congraciarse con el Jefe del Estado, fue construída una costosa mansión, hecho éste sin ninguna vinculación al proceso y del que si se hace referencia es sólo para poner de presente que en todas las obras que en esa propiedad se ejecutaron, desde un principio eran para beneficio privado y no para un servicio público como quieren darlo a entender los funcionarios comprometidos, en particular el señor García Sánchez.

5º Difícil en extremo es concretar todas y cada una de las inversiones oficiales en la hacienda "SAN ANTONIO", y más aún, determinar el exacto monto de ellas, por cuanto los mismos sistemas empleados por las dependencias departamentales que se comprometieron en la construcción de las obras impiden su verificación exacta

y por cuanto en muchos casos no se trató de una aplicación de los fondos públicos, en su sentido propio, sino del empleo indebido de efectos oficiales (maquinaria y equipo) en beneficio de la propiedad aludida.

Ordenando, hasta donde es posible, el material probatorio que los autos ofrecen, se tiene acreditado:

a) **Construcción de casetas para el aeródromo de la hacienda "San Antonio".**

Según copia de contrato que obra a folio 79 (cuaderno número 1), el señor Ignacio Martínez M., "Secretario de Obras Públicas del Departamento, debidamente autorizado por Decreto número 00639 de 11 de septiembre del año en curso (1956, aclara la Sala) emanado de la Gobernación, por una parte, quien adelante se llamará EL DEPARTAMENTO, y el señor JULIO ACOSTA ACOSTA ..... quien adelante se llamará EL CONTRATISTA ...." éste se comprometió "a construir, en el sitio denominado "SAN ANTONIO", municipio de Ciénaga de Oro, del Departamento de Córdoba, de conformidad con las especificaciones y el plano presentado por la Corporación Nacional de Aeropuerto (sic) y que el Contratista conoce plenamente, una caseta y su plataforma de espera, por el precio fijo de TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS TRECE CENTAVOS ($ 35.259.13)....." de los cuales recibió TREINTA Y CUATRO MIL PESOS, imputados al Capítulo 44, artículo 97 del presupuesto de la vigencia fiscal de 1956.

El referido contrato fue aprobado por el Consejo de Gobierno del Departamento de Córdoba a los 19 días del mes de octubre de 1956, en sesión que fue presidida por el señor Miguel A. García Sánchez, Gobernador del Departamento, quien a su vez había dictado con fecha 11 de septiembre del mismo año el Decreto 00639, cuyo artículo único autoriza "al Secretario de Obras Públicas del Departamento, para que celebre el contrato respectivo, para la construcción de la plataforma y caseta de espera, para el campo aéreo de San Antonio, en el municipio de Ciénaga de Oro" (Folios 191 a 209 y 144, cuaderno 1º).

No obstante las fechas que aparecen en el decreto y el contrato, es lo cierto que la obra venía adelantándose por el contratista desde meses antes, y no como una obra departamental sino por disposición personal del Jefe del Estado, según puede verse del testimonio del señor Acosta, cuyos apartes principales se transcriben a continuación:

"Hice un contrato por treinta y dos mil pesos ($ 32.000.00) con la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, mejor, treinta y cinco mil doscientos cincuenta y nueve pesos con trece centavos ($ 35.259.13) para una construcción en el Aeropuerto de "San Antonio", siendo entonces Gobernador don Miguel García Sánchez y secretario de obras públicas don Ignacio Martínez, contrato verificado a principios del año pasado; no recuerdo exactamente la fecha. Debo anotar que los trabajos de esa obra estaban ya iniciados por orden verbal de su excelencia el general GUSTAVO ROJAS PINILLA —entonces Presidente de la República de Colombia; quien me la había dado personalmente en su finca de San Antonio, donde se estaba haciendo dicha obra o se iba a hacer, en el año de 1955. Yo empecé entonces la tarea o trabajos y sólo unos cuatro meses después de recibir tal contrato de mi general Rojas, fue cuando se vino a legalizar mediante el contrato escrito celebrado con el Departamento de Córdoba —Secretaría de Obras Públicas—. Los trabajos avanzaron hasta hacer levante de muros y pañetes y ya entonces el general Rojas Pinilla vino con una nueva idea, mejor dicho, trajo otro plano distinto para la misma obra, a fin de ampliarla y por eso hubo necesidad de demoler todo lo hecho hasta entonces; fue entonces cuando se vino a formalizar el contrato por el valor estipulado, incluyendo materiales y jornales, que corrían por mi cuenta, pues antes, cuando el contrato verbal con mi general, habíamos arreglado los dos por CUARENTA Y DOS MIL PESOS y por cierto que en esa ocasión estaba también presente el señor Gobernador de Córdoba, don Miguel García Sánchez, quien intervino y manifestó que eso me lo arreglaban por medio de un contrato con el Departamento de Córdoba y que él iba a ver de dónde se sacaba esa partida para pagarme tal valor; debo anotar aquí que el mismo señor García Sánchez me venía prestando dinero para adelantar dicha obra. Después me giraron un cheque a cargo del Departamento —Secretaría de Obras Públicas; luego de firmado el contrato antes citado, como a fines del año pasado, cheque que consigné en la cuenta de don MIGUEL GARCIA SANCHEZ, Banco Popular en esta ciudad, para pagarle así parte de lo que él me había facilitado para tal obra. Ese cheque sólo salió expedido por

treinta y dos mil pesos ($ 32.000.00) moneda corriente y nada más me han pagado de dicho contrato hasta el momento, pero debido a que hubo la demolición de que ya hablé, tuve que dejarlo por ese valor porque me dijeron que no había más dinero o partida, que después me daban otro contrato para que me desquitara, y hasta la actualidad no me han cubierto ese contrato restante. Esta promesa me la hizo personalmente el señor Gobernador García Sánchez. Luego con la empresa colombiana de AERODROMOS ECA, hecha la demolición de la obra referida, es decir, perdida casi en su totalidad esa obra que me pagó el Departamento de Córdoba, celebré entonces nuevo contrato escrito para levantar la nueva construcción que me dijo el general Rojas Pinilla, contrato que traeré en oprtunidad próxima al Juzado, pues lo tengo en mi casa, debidamente legalizado por valor de más de DIECINUEVE MIL QUINIENTOS PESOS ($ 19.500.00)".

"Sí señor este contrato que me acaba de leer, es el mismo a que me he referido en la primera parte de mi declaración anterior. Pero debo anotar, como ya lo había consingado, que su excelencia el señor general, Rojas Pinilla no lo dejó cumplir en todas sus partes, ya que cuando estaba para concluír esa obra, la que había sido levantada de acuerdo con el plano acordado y traído por el mismo general Rojas, éste resolvió intempestivamente variar el plano de tal obra y entonces fue cuando hizo demoler lo hecho y realizar la construcción mediante otro sistema, perjudicando así mis intereses como contratista porque me vi obligado a hacer la nueva obra mediante otro contrato y a mitad de precio, para no perder todo el valor que yo había invertido con dinero prestado al señor García Sánchez. Esa nueva construcción es a la que se refiere el contrato que hoy he presentado en copia a este Juzgado. Es mi declaración". — PREGUNTADO: ¿Sírvase decir usted qué personal intervino para la dirección de las obras sobre construcción de la caseta y plataforma de que trata el contrato antes citado, llevada a cabo en San Antonio? CONTESTO: "El doctor GERMAN ISAZA, digo mal, GERMAN CAMARGO ISAZA, ingeniero de la Empresa de Aeropuertos y el general Gustavo Rojas Pinilla intervenían frecuentemente en la dirección de esa obra. El primer trabajo realizado allí y que después fue demolido por orden expresa del señor presidente Rojas Pinilla, fue también dirigido por él mismo cuando venía de Bogotá, pues ordinariamente llegaba de dicha capital el día viernes de cada semana o el sábado y se estaba allí hasta el martes siguiente, que regresaba en ávión". (Folios 23 vuelto a 24 vuelto y 32 vuelto a 33, cuaderno Nº 3).

No obstante el contrato que el señor Acosta Acosta celebró con el Departamento de Córdoba en octubre de 1956, el cual significó una cuantiosa erogación para la entidad oficial, sin resultado práctico alguno, como que por voluntad del Jefe del Estado las obras fueron demolidas, a su capricho, el 3 de diciembre del mismo año, el contratista Acosta aparece celebrando un nuevo contrato con el señor Germán Camargo Isaza, "debidamente autorizado por la Gerencia de la EMPRESA COLOMBIANA DE AERODROMOS", "para la construcción y dirección de las obras de la caseta del Aeropuerto de "San Antonio", según puede verse a folios 34 del cuaderno Nº 3.

Se trataba, como es obvio, de la misma obra cuya ejecución dos meses antes el señor Acosta había contratado con el Departamento de Córdoba. Y lo extraño es que la Empresa Colombiana de Aeródromos, en el oficio que obra a folios 106 y 107 del cuaderno citado, expresa lo siguiente:

"No hubo intervención de la Empresa Colombiana de Aeródromos para presentar plano alguno de arcopuerto por construír en la hacienda de 'San Antonio' de propiedad del Teniente General Rojas Pinilla.

"Con respecto a los numerales de su oficio, le informo a continuación lo siguiente:

Al Numeral 1º No hubo intervención de la Empresa en cuanto a elaboración de planos y asistencia técnica para la construcción del aeropuerto;

Al Numeral 2º No medió solicitud escrita por parte del Departamento de Córdoba ni de sus representantes legales para solicitar asesoría técnica de la Empresa;

"**Al Numeral 3º** El señor Julio Acosta Acosta no fue representante de la Empresa ni funcionario a su servicio; tampoco estaba utorizado legalmente para comprometer a la Empresa en construcción u operaciones;

"**Al Numeral 4º** La Empresa Colombiana de Aeródromos no está en antecedentes de los convenios que hubieran podido celebrar el Departamento de Córdoba y el señor Julio Acosta Acosta;

"**Al Numeral 5º** Según datos que posee la Empresa, de conformidad con los registros del Departamento Nacional de Aeronáutica Civil, el aeropuerto de San Antonio está ubicado en terre-

nos que hasta el presente son de propiedad del ex-presidente Rojas Pinilla.

"Me valgo de la presente oportunidad para manifestar al señor Juez, que la Empresa Colombiana de Aeródromos terminó la construcción de una caseta iniciada por la Corporación de los Servicios Públicos en el aeropuerto de 'San Antonio', y que, para su terminación la Empresa firmó un contrato con el señor Julio Acosta Acosta, el día 3 de diciembre de 1956. La terminación de la referida caseta se hizo necesaria teniendo en cuenta que por voluntad del señor General Rojas Pinilla, manifestada al Jefe de Operaciones de Avianca, señor Capitán Rafael Barvo, el aeropuerto de 'San Antonio' sería de servicio público y que en él podrían operar los aviones de Avianca, ya que en el Departamento de Córdoba no existía, ni existe, fuera de las pistas de San Antonio, un aeropuerto que permitiera la operación de aviones C-46 y D.C-4.

"Para la operación comercial de los aviones de Avianca, se hizo indispensable la construcción de una caseta en la que se pudieran instalar los equipos de radio-comunicaciones y en cuyas dependencias pudiera funcionar un terminal al menos elemental para los pasajeros. La Empresa recibió a satisfacción la referida caseta y pagó al señor Julio Acosta A., como valor de las obras contratadas con él, la cantidad de $ 19.528.18. La caseta a que me refiero es de propiedad de la Empresa Colombiana de Aeródromos.

"Finalmente, manifiesto al señor Juez, que el apoderado General del señor General Rojas Pinilla, don Miguel García Sánchez, ha hecho el ofrecimiento formal a la Empresa de ceder a ésta los terrenos en jurisdicción del municipio de Ciénaga de Oro, en donde están construídos el aeropuerto de San Antonio y la caseta terminal del mismo, y la zona de terrenos que sea necesaria para la ampliación del aeropuerto, de acuerdo con las especificaciones que señalen los técnicos de la Empresa".

En comunicación que aparece a folios 166 a 168 (cuaderno Nº 7), la nombrada Empresa dice:

"**Al Punto Primero.** La Empresa Colombiana de Aeródromos construyó mediante contrato celebrado con el señor Julio Acosta A., una caseta auxiliar para el Aeródromo de San Antonio del municipio de Ciénaga de Oro, Departamento de Córdoba, sobre terreno de una vía pública.

"**Al Punto Segundo.** La referida construcción se adelantó sobre las estructuras metálicas levantadas por la Corporación Nacional de Servicios Públicos. Entiendo que el Departamento de Córdoba había construído o iniciado la construcción de una caseta en el mismo lugar o en sitio inmediatamente contiguo, pero esta información no puedo demostrarla.

"**Al Punto Tercero.** La construcción de la caseta en referencia se ordenó por las siguientes razones: a) Porque el Aeropuerto de 'San Antonio' como todos los aeródromos del país, cualquiera que sea su propietario, tiene el carácter de aeródromos de servicio público. El artículo 1º del Decreto extraordinario número 299 de 1955 dice así: 'Todos los aeródromos en el territorio de la República, cualquiera que sea su propietario, con excepción, de las Bases Militares, tiene el carácter de aeródromos de servicio público y pueden ser usados, de acuerdo con las reglamentaciones de la Aeornáutica Civil, por cualquier aeronave, mediante el pago de las tarifas fijadas por el Gobierno'. Para que las pistas de 'San Antonio' pudieran ser utilizadas por aeronaves de servicio público se requería la instalación de servicios de comunicaciones y un lugar cubierto para pasajeros y depósitos de carga. b) Porque la Empresa Coolmbiana de Aeródromos tiene a su cargo el servicio de comunicaciones aéreas y el de tránsito aéreo; en el Aeropuerto de Montería las operaciones aéreas de las aeronaves de servicio público se verificaban con frecuencia cotidiana y hay varias operaciones en el curso del día. El artículo 146 del decreto número 1.430 de 21 de abril de 1947 dice: 'Los encargados de controlar el tránsito aéreo en un aeródromo mantendrán continua vigilancia de todas las operaciones visibles de vuelo, incluyendo aviones, vehículos, animales y personas y controlarán dicho tránsito de acuerdo con los procedimientos establecidos con ese fin y las reglamentaciones de tránsito pertinentes. Si llegare a haber otra zona de aterrizaje dentro de la zona de control, se coordinará el tránsito de tal manera que se eliminen todos los peligros, con el fin de hacer seguro y eficiente el sistema de tránsito. Si llegare a haber otra zona de torre de control muy próxima, se tendrá en continua escucha con el fin de estar al corriente de las operaciones en esa zona para evitar accidentes'. (Lo subrayado es mío). En la zona de control del Aeropuerto de Montería había pues otra zona de aterirzaje y, en consecuencia, se hacía necesaria la instalación de servicios de comunicaciones para que la torre de control de Montería pudiera coordinar el trán-

sito conforme a los preceptos y reglamentaciones pertinentes. c) Porque tuve conocimiento de que el propietario del Aeropuerto de San Antonio ofreció las pistas de su aeródromo para el uso de las aeronaves de servicio público. Es de advertir que no conocí manifestaciones del General Rojas Pinilla según las cuales el aeródromo de San Antonio sería no solamente de su uso sino de propiedad del Estado.

"**Al Punto cuarto.** Con posterioridad al 10 de mayo de 1957 y antes del mes de septiembre del mismo año, la Empresa Colombiana de Aeródromos recibió el ofrecimiento formal de don Miguel García Sánchez, hablando éste a nombre del General Rojas Pinilla, para hacer cesión gratuita a la Empresa de los terrenos del Aeropuerto para su ampliación. La Honorable Junta Directiva de la Empresa Colombiana de Aeródromos no consideró este ofrecimiento.

"**Al Punto Quinto.** Por no ser el aeropuerto de San Antonio de propiedad de la Empresa, ésta no lleva el registro estadístico de los aterrizajes que hayan tenido lugar en las pistas del Aeropuerto de San Antonio; por referencia sé que aviones de tipo DC-4 y similares de la FAC operaron en San Antonio y que por lo menos uno de propiedad de Avianca, de tales especificaciones, aterrizó en sus pistas.

"**Al Punto Sexto.** El propietario del Aeropuerto de San Antonio, señor General Rojas Pinilla, ofreció a la Avianca las pistas de su aeródromo para operaciones comerciales, así como manifestó que cualquier otra Compañía privada de Aviación podría utilizar sus pistas, al menos mientras se construía en el territorio del Sinú el aeródromo nacional proyectado sobre los terrenos de 'Mateo Gómez'. El señor Capitán Rafael Barvo, Jefe en esa época de operaciones de Avianca, me manifestó que Avianca no permite la operación de sus aviones DC-4 en aeródromos que carezcan de los servicios de radio y comunicaciones, motivo por el cual se construyó la caseta en mención.

"**Al Punto Séptimo.** Si sé que el señor General Rojas Pinilla poseía en su hacienda de 'San Antonio' un campo aéreo apto para avionetas. La Resolución de autorización a que se refiere la pregunta, debe encontrarse en el Departamento Nacional de Aeronáutica Civil".

Por su parte el ya nombrado Contratista Acosta en el testimonio que rindió a folios 172 a 175, cuaderno número 71), expone, entre otras cosas:

"Tanto la primera como la segunda caseta hechas en el aeródromo de San Antonio, yo dirigí esos trabajos. Los primeros planos fueron dibujo del general Rojas Pinilla, con él mismo trazamos cimentaciones, se adelantaron los trabajos hasta quedar todo techado y pañetado; se componía la caseta de sala de espera para el público, servicio sanitario para señoras, servicio para caballeros, dos dormitorios, cocina y baño para el jefe del aeropuerto y una oficina para el recibo de equipaje, tenía bar y oficina para planta". PREGUNTADO: En este momento agrega el deponente: Ese fue, precisamente el contrato que me pagó el Departamento de Córdoba y del cual me debe todavía un saldo pequeño, contrato cuyo valor ya dije arriba en mi declaración. PREGUNTADO: Sírvase decir si en sus conversaciones con el general Rojas Pinilla, cuando se estudiaban los planos de la caseta de que se ha hablado y posteriormente en las diversas ocasiones en que el dicho general visitaba la obra, usted oyó decir al mismo general que el campo de San Antonio estaría destinado al servicio público, para pasajeros, carga y ganados de la región, y que precisamente por eso se construía una caseta con los servicios necesarios para que el público pudiera usar el aeródromo? CONTESTO: "Varias veces le oí decir eso doctor, y con ese fin hizo demoler la primera caseta construída allí, porque no estaba de acuerdo con las exigencias del servicio público. El una vez estuvo hablando con el Coronel Rengifo, el Capitán Barrera, y le dijeron: 'Su Excelncia, ¿por qué no hace hacer esta caseta al otro lado para que quede prestando mejor servicio para S. E.?' y les contestó: 'Eso no es para servicio particular mío, es para servicio del público para que se pueda movilizar el ganado de la región y también para pasajeros. Por eso esta caseta la tracé fuera de los límites de mi finca, está más bien en una vía pública, en un camino viejo de herradura y cerca a la carretera Ciénaga de Oro-Cereté".

Conviene observar respecto a las anteriores piezas procesales que no es cierto que empresas comerciales de aviación, distinta de 'AEROTAXI', hayan utilizado el aeropuerto de San Antonio en vuelo alguno y que según el detalle que aparece a folio 248 del cuaderno número 8, los hechos por la empresa referida fueron entre el 3 de enero de 1956 y 31 de marzo de 1957, es decir, en tiempo en que el General Rojas Pinilla ejercía la Presidencia de la República y cuando no había hecho la oferta a que se refiere la Empresa Colombiana de Aeródromos, de ceder el aeropuerto de San Antonio.

Ninguna otra empresa de aviación, se repite, utilizó ese aeropuerto, como consta de folios 149 a 153, cuaderno número 8.

Las explicaciones que el procesado García Sánchez da en su declaración indagatoria sobre el punto materia de examen, son en extremo curiosas, pues mientras de una parte trata de poner a salvo su responsabilidad, de otra, con la guía jurídica de su apoderado, intenta dar una solución civil al indebido uso de los caudales públicos a efecto de que el Departamento de Córdoba pueda indemnizarse en juicio.

Dice el señor García Sánchez, en lo pertinente: "Las casetas de la vía pública ordenadas por el decreto 639 de 11 de septiembre de 1956, no son materia de investigación, como quiera que su ordenación es perfectamente legal, adecuada su ubicación en tierra del Estado y su destinación a todas luces conveniente. Sinembargo, para justificarlas al último extremo me permito transcribirle a esta diligencia la parte pertinente del boletín de INFORMACIONES OFICIALES RADIADAS POR EL RADIO-PERIODICO INFORMACION AL DIA EN SUS EMISIONES DIURNA Y NOCTURNA DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 1956 y cuyo original entrego bajo la responsabilidad de firma autógrafa, dice así: "Contrato para el (aeropuerto) AERODROMO. El Gobierno acaba de autorizar por decreto 639 de 11 de los corrientes a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento para que contrate la construcción de la plataforma y el edificio correspondiente para oficinas, equipajes y salas de espera en el campo aéreo de San Antonio, situado en jurisdicción del municipio de Ciénaga de Oro. La cesión y permiso de utilización a las campañas aéreas de los servicios de dicho campo viene a llenar una necesidad apremiante de la región de las Sabanas de Córdoba y a descongestionar el tráfico aéreo en Montería. Con dicho servicio quedarán a pocos minutos del areopuerto, en el cual pueden aterrizar y decolar hasta DC-4 y otros transportes pesados. Los municipios de Sahagún, Chinú, Ciénaga de Oro y Cereté, ciudad ésta que quedará a doce minutos". Como este comunicado es ofical, puede verse en él la forma en que fue ofrecido y entregado al servicio público el campo de San Antonio construído lo mismo que sus casetas auxiliadores para fomentar el bienestar social y económico de la región, lo que constituye la máxima preocupación para un gobernante al lado de sus deberes para con la paz y el orden público. Llegados a este punto me parece procedente llamar la atención al criterio del señor investigador, para que medite por un momento en el fenómeno jurídico de derecho civil que se plantea en este caso, cuando el Estado (Nación y Departamento) construyen, plantan o realizan otra obra, cualquiera en tierra ajena (la del General Rojas) 'a ciencia y paciencia del propietario' con lo cual se configura la accesión de que trata el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil. Es indudable a la luz de un criterio elemental, que en obedecimiento a esta regla, las casetas, el establo, y el campo de aterrizaje construídas por el Estado en terrenos del General y a 'ciencia y paciencia' del propietario son propiedad perfecta de aquél mientras el general Rojas las reivindique mediante el pago total del valor de dichas obras en el juicio correspondiente. Es una garantía automática sobre la propiedad de la cosa mueble que se planta o establece en tierra ajena y que no permite que se realice la distracción de fondos públicos en provecho de terceros, en lo que consistiría ya un ilícito administrativo, un delito de peculado. En este fenómeno de la **accesión** mirándolo desde el punto de vista de quien ha disfrutado en tierra ajena a sabiendas del propietario, la utilidad, la ventaja corresponde al primero, y el delito de peculado es un delito contra la administración y no un delito a favor de la administración, que no existe por la sola repelencia lógica del enunciado. Importa, pues, no perder de vista que a virtud de la garantía automática que figura en la ley civil de la accesión, las construcciones hechas por el Estado en los terrenos del general Rojas . nunca pasaron a ser propiedad del general porque no es este un modo de transmitir el dominio, sino que éste en cambio perdió la posesión de los terrenos hasta tanto que quiera reivindicarlos mediante el pago total y completo de las obras construídas. Por eso no puede hablarse de 'apropiación indebida' y es trivial en la doctrina que no existe 'el peculado de uso' ".

Por último y para poder sentar conclusiones exactas al hacer las consideraciones de fondo de esta providencia en relación con el hecho que se estudia, la Sala estima conveniente copiar parte de la declaración rendida extrajudicialmente por el Coronel Ignacio Rengifo, "Jefe de la Casa Militar de Palacio y Comandante del Batallón Guardia Presidencial, durante casi todo el período presidencial del general Gustavo Rojas Pinilla", la cual obra a folios 57 y siguientes del cuaderno número 8:

"..... por tocarme de acuerdo con mi cargo acompañarlo muy de cerca, especialmente cuando salía de Bogotá a correrías, o a sus fincas de recreo en Melgar o Córdoba, pude enterarme en forma exacta de algunos antecedentes, referentes a la construcción de un campo aéreo, en los terrenos de 'San Antonio' de propiedad del general Gustavo Rojas Pinilla, dentro del municipio de Ciénaga de Oro, en el Departamento de Córdoba. 3º Ante las múltiples dificultades y problemas afrontados por los ganaderos de la región y otros lugares del país interesados en el transporte de ganados gordos, por la vía aérea hacia la capital de la República y otras ciudades, y en vista de las múltiples solicitudes elevadas verbalmente al general Rojas Pinilla, en demanda de un aeropuerto que superara las especificaciones del existente en Cereté, el que por la corta extensión de su pista no daba entrada ni salida a aviones de capacidad suficiente para estos menesteres, y no habiéndose cristalizado todavía el proyecto de construcción del campo Mateo Gómez, en estudio por aquel tiempo a cargo de la Empresa Nacional de Aeródromos, el general Gustavo Rojas Pinilla decidió ceder una faja de terreno dentro de su propiedad, denominada San Antonio para la construcción de un campo que supliera las necesidades anotadas y otras, como el servicio de fumigación de los bastos terrenos dedicados en esa región a la agricultura, así como también para facilitar el comercio y turismo en los municipios circunvecinos. La decisión del general Rojas de ceder gratuitamente estos terrenos al Estado, fue expresada por él, infinidad de veces en presencia mía, dentro de la intimidad de sus familiares y ante muchísimas personas interesadas y extrañas que continuamente lo visitaban, durante su permanencia en San Antonio. 4º Desde luego, estos conceptos y decisión del general fueron objeto de múltiples conversaciones e inspecciones oculares y reconocimientos, en compañía de pilotos militares, ingenieros de la zona de carreteras nacionales de Montería y hasta pilotos norteamericanos que en función específica del Instituto Geográfico Militar, operaban en la región. Muy especialmente los ingenieros y funcionarios de la Zona de Carreteras de Montería, a quienes les tocó desarrollar la obra. 5º En todo momento fuí testigo, de que el principal y único interés del general Rojas Pinilla, al ceder gratuitamente a la Nación los terrenos de su propiedad para la construcción del campo en San Antonio, fue la de prestar un servicio inmediato y urgente al comercio, la ganadería, el turismo, la agricultura y a la región del Sinú, afectados por la imposibilidad económica del momento, de la Empresa Nacional de Aeródromos, para construír la obra definitiva del campo MATEO GOMEZ, el que según entiendo, representaba una fuerte erogación de dinero. 6º En honor a la verdad, tengo que manifestar que inicialmente el señor García Sánchez, Gobernador de Córdoba en aquella época, no solamente no intervino en la construcción del aeropuerto, sino que muchas veces lo oí expresarse en contra del proyecto, no obstante los beneficios que traía al Departamento de Córdoba, manifestando su temor de que gentes mal intencionadas no comprendieran el espíritu de servicio a la región con que la obra fue concebida, y me consta también que en base a esos conceptos expresados por él muchas veces, nunca dio apoyo directo o indirecto en ninguna forma a la construcción del aeropuerto mismo, y mucho menos con dineros del Departamento. Posteriormente, y ante la necesidad de un alojamiento para los pasajeros y personas que debía operar en las distintas actividades para el cual, el aeropuerto se estaba construyendo, como caporales de ganado, pilotos de fumigación, etc., intervino para que se prestara el servicio completo influyendo en la construcción de unas casetas ubicadas en vía pública y conectadas con el aeropuerto para la satisfacción de las necesidades anotadas..."

A muchas otras piezas del expediente podría hacer referencia pormenorizada la Sala, relacionadas con la inversión que el Departamento de Córdoba hizo, en virtud del decreto aludido, en la construcción de las casetas para el aeropuerto en la finca de 'San Antonio'. Pero, desde luego, ello sobraría dada la evidencia del hecho, no puesto en duda ni por el procesado ni por su apoderado.

Importa sí, para poner término a este punto de la investigación, dejar sentadas las siguientes conclusiones:

1ª En momento alguno el Departamento de Córdoba en legal forma ordenó la obra como oficial, limitándose el señor Gobernador, **motu proprio**, a dictar el Decreto que autorizaba la construcción de las casetas en el aeropuerto de 'San Antonio', de propiedad particular.

2ª No se ordenó la obra dicha como **pública** sino en beneficio del dueño de la hacienda, que de haber sido de esa naturaleza necesariamente el Departamento tenía que haberse sujetado a los trámites que la ley impone y no a la voluntad

del Jefe del Estado, quien, entre otras cosas, actuaba en todo esto en su condición particular y no oficial.

3ª El aeródromo de "San Antonio" era de propiedad de los esposos Rojas Correa, como dueños de la finca del mismo nombre, y no obstante que por disposición de la ley cabía considerarlo como **servicio público**, esta condición no tornaba en **obra pública** lo que allí se realizara con fondos oficiales.

Al hacer las consideraciones de fondo en el curso de esta providencia hará la Sala la estimación jurídica pertinente para ver de fijar si la conducta del señor García Sánchez fue o no delictuosa en el hecho ya examinado.

b) **Inversiones del Departamento en la ampliación del aeródromo de "San Antonio".**

El Departamento de Córdoba no sólo invirtió dinero en la construcción de las casetas y plataforma de espera del aeropuerto de 'San Antonio', sino que también y sin sujeción a plan alguno aplicó fondos oficiales a la obra de terminación y ampliación de la pista, en las circunstancias y condiciones que van a estudiarse.

Precisa iniciar este punto, respecto del cual la prueba de autos es plena, con la declaración del doctor León Cifuentes Camargo, contratista del Ministerio de Obras Públicas, ya que a su cargo estuvo la dirección técnica de la obra a que se hace referencia.

Dice en lo fundamental el deponente a folios 227 a 229 y 234 a 235, cuaderno Nº 3:

"Conozco la finca llamada 'San Antonio', perteneciente a la jurisdicción del municipio de Ciénaga de Oro, de propiedad particular del general Gustavo Rojas Pinilla, desde mediados del año de mil novecientos cincuenta y cinco, aproximadamente. En alguna ocasión tuve necesidad de una motoniveladora para arreglar un camino carreteable que conducía de la localidad de Cereté al acueducto de esa población, por la orilla del río, con el fin de transportar materiales para la obra que ejecutaba por contrato que yo había celebrado con el Ministerio de Obras Públicas, para la construcción de la defensa de CERETE.—Hice la solicitud de la motoniveladora al señor Gobernador don MIGUEL GARCIA SANCHEZ, quien dio la orden del caso. Dicha máquina estuvo trabajando cerca de media hora únicamente y al averiguar yo el motivo por el cual no se había terminado el trabajo, se me informó que posiblemente la habían mandado a la finca de 'San Antonio' a regar tierra, pues se le construía al señor presidente Rojas Pinilla un aeropuerto en dicha finca, según manifestación que me hizo verbalmente el señor Gobernador referido. Como tengo bastante práctica en construcción de aeropuertos, quise conocer las obras que se estaban adelantando en San Antonio y me trasladé a dicho sitio. Allí encontré un muchacho que me dijo era cadenero con una cuadrilla de tres o cuatro hombres, cuyos nombres no conozco, de quienes supe luégo que eran obreros del Departamento de Córdoba; pregunté al cadenero qué ingeniero dirigía la obra y me contestó que no había ninguno encargado, que únicamente él estaba al frente de esos trabajos. Ese mismo día ví que había allí en San Antonio unas volquetas cargando material para dicho aeropuerto, vehículos de propiedad de este Departamento, según el nombre que llevan en las puertas del vehículo y que me parece dicen: 'Obras Públicas del Departamento de Córdoba' y también por sus placas. De esta visita colegí que no había dirección técnica en esta obra, por lo cual pensé oportuno ofrecerle al señor Presidente de la República mis servicios profesionales para la dirección de dicha obra en una forma completamente gratuita, lo que hice entonces por medio de una nota dirigida a él a Palacio, cuya copia tengo en mi casa. Algunos días después recibí una nota del señor gerente de la empresa colombiana de aeródromos Coronel JORGE TELLEZ, la cual también tengo en mi archivo, en la cual me agradecía en nombre del señor Presidente el ofrecimiento hecho por mí y dándome su aceptación'.—PREGUNTADO: ¿Sírvase decir, doctor Cifuentes, qué sabe en torno a las inversiones que hiciera el departamento de Córdoba en las obras construídas en la finca de San Antonio, entre las cuales se cuenta la del campo del aeropuerto a que se ha referido? CONTESTO: "Creo yo que la maquinaria que estuvo al servicio de la construcción del aeropuerto es de propiedad del Departamento y por consiguiente sus operadores empleados del mismo. Esta maquinaria no estuvo en forma permanente sino que era retirada en todo o en parte y con bastante frecuencia para las obras públicas como la carretera de San Carlos que estaban construyendo en ese tiempo. Mas o menos el equipo que estuvo en ese aeropuerto se componía de unas ocho volquetas aproximadamente, una motoniveladora, un tractor, una pala-cargadora, un cilindro, un rodillo pata de cabra de propiedad del Ministerio de Obras Públicas y a cargo

de la zona de carreteras de Montería, un tractorcito pequeño de propiedad de don Miguel García, con el cual remolcaba el rodillo anterior. Yo me hice cargo de la dirección de estos trabajos en forma absolutamente gratuita, después de que el ingeniero e inspector de aeródromos, doctor LOZANO, comisionado por la empresa colombiana de aeródromos me hizo entrega de dichos trabajos, en fecha que no recuerdo. En dicha obra también trabajaron durante unos quince o veinte días más o menos, algunas máquinas de la zona de carreteras de Montería, que son de propiedad del Ministerio de Obras Públicas, tales como unas ocho o diez volquetas, una motoniveladora, un traxón que al mismo tiempo cargaba las volquetas de la zona para el mantenimiento de la carretera. La duración de esta obra fue de unos siete u ocho meses más o menos. En cuanto a las inversiones hechas por el Departamento y por el Ministerio de Obras Públicas en obras de San Antonio, no podría dar un dato exacto por desconocer los salarios del personal, pero podría hacer un cálculo aproximado en cuanto al valor de la construcción de la pista, en la siguiente forma: longitud que tiene 1.600 metros, medida que yo tomé; ancho de la pista —excluyendo las zonas de seguridad— treinta (30) metros; espesor promedio de terraplén, cincuenta centímetros (0.50), lo que nos dá un movimiento de tierras de veinticuatro mil metros cúbicos (24.000m3) aproximadamente, los cuales podrían valorarse a razón de un peso con cincuenta centavos metro cúbico, incluyendo transporte (aproximadamente un kilómetro del lugar de préstamo y compactación, o sea un total de treinta y seis mil pesos ($ 36.000.00) moneda corriente; limpieza de las zonas de seguridad, doscientos pesos ($ 200.00) moneda corriente. Tengo que anotar que observé que a la entrada a ese predio había unos tubos que no sé si existieran antes o si se colocarían en esa oportunidad; a lo largo de la pista referida se construyó una carretera de acceso que tiene unos 800 metros de largo por unos dos metros cincuenta centímetros de ancho, y veinte centímetros de espesor, lo que dá un total de trescientos metros cúbicos (300 m3), digo mal, CUATROCIENTOS METROS CUBICOS; ahí no hubo compactación y con un transporte de ochenta centavos metro cúbico por ser mayor distancia, dá un total de TRESCIENTOS VEINTE PESOS ($ 320.00), a lo cual podemos agregar el valor de la plataforma de parqueo para aviones, de aproximadamente cincuenta metros de ancho por cincuenta metros de longitud, con un promedio de veinte centímetros de espesor, que arroja un total de QUINIENTOS METROS CUBICOS a cincuenta centavos cada uno, es decir, DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 250.00). Todos estos valores excluyen utilidad y gastos de administración, considerando en ellos únicamente los posibles costos de combustibles y jornales. En cuanto a la caseta para pasajeros únicamente hice yo el trazado, no sé quién atendió a su construcción. La limpieza del sitio donde está ubicada la hice yo a mi costo, con equipo de mi propiedad, pues el señor presidente me había manifestado que él entregaría ese aeropuerto a la empresa colombiana de aeródromos para el servicio público y que por tanto la construcción de la caseta y un embarcadero para ganado podría contratarlos con dicha empresa; por esta razón inicié los trabajos de limpieza, pero dicho contrato nunca se llevó a efecto, ni tengo noticia de que el campo referido hubiese sido cedido a la empresa en cuestión. Como topógrafo de la obra fue enviado por la empresa colombiana de aeródromos el señor ANTONIO PATIÑO, quien llegó de Bogotá; no recuerdo el tiempo exacto de su permanencia en dicha obra. Cuando se hizo la ampliación a mil seiscientos metros (1.600 mts.) de pista, solicité del coronel Téllez —gerente de la empresa citada— el envío del topógrafo, lo cual no se efectuó, por lo que me ví precisado a mantener a mi costa un topógrafo con su respectiva cuadrilla de cadeneros, con el fin de dar cumplimiento a la promesa que había hecho al señor presidente.

"....

"Con fecha 21 de agosto de 1955, dirigí una nota al señor Gobernador, don Miguel García Sánchez, haciéndole saber que la empresa colombiana de aeródromos por conducto del ingeniero Alfonso Lozano me había hecho entrega de las obras del citado aeropuerto, y solicitándole el personal y equipo necesarios; dicha comunicación no me fue contestada por el señor gobernador, pues creo que debió ser pasada a la secretaría de obras públicas, entidad que tampoco me dio contestación, pero sí atendió lo solicitado, habiendo proporcionado el equipo a que me referí en mi declaración de ayer'. — PREGUNTADO: En declaración rendida ante este Despacho el señor Remberto García Burgos, funcionario de la Secretaría de Obras Públicas en Córdoba, afirma textualmente lo siguiente: '...El Secretario de Obras Públicas, doctor IGNACIO MARTINEZ entonces, me ordenó verbalmente ponerme a órdenes del doctor LEON CIFUENTES para que le suminis-

trara a éste las máquinas pesadas y volquetas cuando él me las solicitara, con todo el personal necesario que servía con el correspondiente equipo y así lo obedecí'. (Folio 131 del cuaderno 1º). ¿Qué explicación podría usted darnos sobre la afirmación del señor García Burgos? CONTESTO: 'Desconocía completamente la orden dada por el señor Secretario de Obras Públicas al citado señor Remberto García Burgos, ya que tratándose de solicitud de maquinaria siempre me dirigía dicho señor Secretario. Debo reconocer que efectivamente la Secretaría de Obras Públicas referida puso a mi disposición el equipo en la forma que lo dejé declarado ayer'—PREGUNTADO: ,¿Con cuáles otros Secretarios de Obras Públicas, excepción hecha del señor Manuel Ignacio Martínez, entró usted en conversaciones para hacer solicitudes de elementos con destino a las obras iniciadas en la finca de San Antonio? CONTESTO: 'Unicamente con el señor Ignacio Martínez'.—PREGUNTADO: ¿Hasta qué fecha, y a partir de cuál, aproximadamente, recibió usted de la Secretaría de Obras Públicas concurso, o colaboración para las obras antes dichas? CONTESTO: 'Según las comunicaciones que acabo de entregar al señor Juez, aproximadamente desde fines de agosto o principios de septiembre de 1955 se iniciaron dichos trabajos, hasta junio de 1956, aproximadamente, habiendo una interrupción de dichos trabajos por causa de invierno'. PREGUNTADO: ¿Bajo sus órdenes y enviado por la Secretaría de Obras Públicas, junto con un personal de trabajadores y maquinaria de la misma, estuvo el señor JOSE MIGUEL SABAS MARTINEZ ESCOBAR, y al ser esto así, por qué tiempo aproximadamente? — CONTESTO: 'El señor Sabas Martínez fue enviado por la Secretaría de Obras Públicas como encargado del personal; no recuerdo el tiempo de permanencia allí'. PREGUNTADO: ¿La zona de carreteras de Montería, bajo la dirección del ingeniero doctor Eduardo Quintero, qué clase de colaboración y con qué elementos lo hizo, prestó a usted, doctor Cifuentes, como director técnico de los trabajos del campo aéreo referido? CONTESTO: 'En mi declaración de ayer dije que la zona de carreteras había prestado su colaboración en la construcción de la obra mencionada, con un equipo cuyo detalle dí en mi exposición de ayer'.—PREGUNTADO: ¿Usted tenía, doctor Cifuentes, alguna intervención para el efecto del pago del personal que desplazara el departamento, sea visando sus nóminas, poniéndoles el visto bueno a las mismas, o controlándolas de alguna otra manera? CONTESTO: 'Absolutamente ninguna, ya que mi intervención se reducía a la dirección técnica como en forma absolutamente gratuita, de tal obra, y porque creo que debía haber algún empleado que ejerciera dicho control, simplemente el personal estaba a mis órdenes, pero no tenía con él ingerencia alguna respecto a sueldos o salarios'. No siendo otro el objeto de esta diligencia, se declara cerrada y leída personalmente por el deponente, al ser advertido de ese derecho, dijo hallarla de conformidad, la aprobó y firma en constancia con los demás que en ella intervinieron habiendo sido interrogado directamente por el suscrito funcionario. Agrego que del señor García S. no recibí insinuación oficial ni privada, respecto de la construcción de la obra aludida'.

La documentación citada por el declarante es la que aparece en el cauderno número 2 del expediente. De ella interesa destacar:

1º Nota de 25 de junio de 1955, suscrita por el doctor Cifuentes Camargo y dirigida al "EXCELENTISIMO SEÑOR TENIENTE GENERAL GUSTAVO ROJAS PINILLA, PRESIDENTE DE LA REPUBLICA...", en la cual le hace saber que "por intermedio del señor Gobernador del Departamento de Córdoba, me he informado que S. E. adelanta en su finca de este municipio la construcción de un aeropuerto. Como Ingeniero Civil con larga práctica en la construcción de aeropuerto... me es muy honroso ofrecer a S. E., de manera absolutamente desinteresada mis servicios profesionales, en la construcción de la citada obra....." (Folio 139).

2º Respuesta del Coronel Jorge A. Téllez V., Gerente de la Empresa Colombiana de Aeródromos. Su texto es como sigue:

"Número 00813.—Bogotá, julio 26 de 1955.—Señor doctor LEON CIFUENTES CAMARGO. — Hotel Plaza, Cereté.—"De la Secretaría Privada del Palacio Presidencial pasaron a mi despacho de la gerencia de la Empresa Colombiana de Aeródromos, su carta de junio 25 del presente año, dirigida al Excelentísimo señor Presidente de la República, en la cual gentilmente le ofrece en forma gratuita, sus servicios profesionales para visitar y atender los trabajos del aeropuerto que construye Su Excelencia el General Rojas Pinilla en la finca de su propiedad denominada 'San Antonio', en jurisdicción del municipio de Cereté.

"En nombre del Excelentísimo señor Presidente doy a usted las gracias por su buena voluntad y desinterés, al manifestar su deseo de atender en

forma gratuita la obra a que nos hemos referido en el párrafo anterior, y aceptando su valioso ofrecimiento, le ruego el favor de visitar el aeródromo en mención y enviarnos un informe del estado en que se encuentran los trabajos y las sugerencias que usted considere conveniente hacer. Sin otro particular, y en espera de sus noticias, me suscrito de usted atento seguro servidor, (Fdo.) Coronel Jorge A. Téllez V., Gerente Empresa Colombiana de Aeródromos".

3º Nota de 21 de agosto de 1955, dirigida por el doctor Cifuentes al Gobernador, (folios 142 y 143), que dice:

"Hotel Plaza.—Cereté, agosto 21 de 1955.—Señor Miguel García Sánchez Gobernador del Departamento de Córdoba.—E. S. D.—Estimado señor Gobernador: "Con todo respeto me permito informar a usted que el señor gerente de la Empresa de Aeródromos, por oficio número 00813 de fecha 26 de julio pasado, me comunica que el Excelentísimo señor Presidente Teniente General Gustavo Rojas Pinilla, me ha hecho el honor de aceptar mi ofrecimiento de dirigir la obra de construcción del aeropuerto en su finca de San Antonio y para el efecto el señor gerente, coronel Jorge A. Téllez V. ha comisionado al ingeniero Alfonso Lozano para que en su calidad de Inspector de Aeropuertos y en representación de la empresa, me haga entrega, como ya se efectuó, de los trabajos de dicho aeropuerto.

"En mi deseo de complacer al Excelentísimo señor Presidente de dar pronta terminación a la citada construcción, me permito informar a usted que para su terminación en noventa días, es necesario tener en forma permanente el siguiente personal y equipo:

"PERSONAL:

1 Topógrafo.
1 Cadenero 1º
1 Cadenero 2º.
1 Portamira.
12 Obreros (cantidad que puede variar de de acuerdo con las necesidades de la obra).

"EQUIPO:

1 Tractor con buldozzer.
2 Motoniveladoras.
1 Pala cargadora.
1 Tractor pequeño para remolcar rodillos.
1 Rodillo pata de cabra.
1 Rodillo de llantas.
1 Rodillo de 12 toneladas.
10 Volquetas.
1 Carro-tanque.
Aparatos de ingeniería en general.

"En relación con el personal, solicito de usted muy atentamente ampliar facultades a fin de organizar de manera perfecta los trabajos, así como para trabajar tiempo extra cuando las circunstancias así lo requieran.

"El estado actual de la obra es el siguiente: Explanación en una longitud de 900 metros; material de relleno, coolcado pero sin compactación en una longitud de 500 metros. En la actualidad se está haciendo un levantamiento topográfico de la zona de la ampliación en una área tal que permita proyectar los desagües del caso. El ancho de la pista compactada será de 30 mts.

"En la próxima semana se hará la medición de los terrenos de propiedad del señor José Calume, a fin de hacer la permuta de ellos de acuerdo con los deseos del Excelentísimo señor Presidente.

"Muy atentamente ruego a usted se sirva comunicarme qué equipo puede suministrar el Departamento y la fecha en que se puede poner a disposición del aeródromo en mención para iniciar en firme los trabajos, a fin de informarle al doctor Alfonso Lozano, del equipo faltante, para que él provea lo necesario.

"En espera de sus gratas órdenes, soy del señor Gobernador obsecuente servidor".

4º Circular del Secretario de Obras Públicas del Departamento de Córdoba, fechada el 31 de agosto del mismo año, por medio de la cual se imparten instrucciones "a todo el personal de obras públicas del Departamento que trabaja en el campo aéreo de San Antonio".

Fuera de lo anterior, que de por sí es suficiente para dejar establecido el hecho que se examina, otros documentos, no menos importantes contribuyen eficazmente a demostrarlo.

Se trata, en lo principal de documentos oficiales que demuestran el empleo de trabajadores del Departamento en esa obra; el pago de jornales con fondos oficiales y el empleo de la maquinaria, cuyo destino propio y normal eran las obras públicas. Se haría inacabable esta providencia si fueran a copiarse todas esas piezas procesales, pero sí conviene, por lo menos, hacer el enun-

ciado de algunas y transcribir lo más fundamental de otras.

De folios 1 a 13 del cuaderno número 2 obran varios despachos oficiales, todos ellos de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Córdoba, mediante los cuales se evidencia la participación de éste en obras particulares de la hacienda San Antonio, y principalmente el aeródromo. Se da cuenta en dichas comunicaciones del suministro de materiales, como cemento y cal; pago de jornales y utilización del equipo mecánico, originalmente asignado a la carretera Cereté-San Carlos.

Ilustra claramente el caso el oficio de 26 de junio de 1957, suscrito por el señor Sabas Martínez E., Jefe de Obras Públicas del Departamento, dirigido al Secretario del ramo (Folio 6):

"Señor Secretario de Obras Públicas del Departamento.—E. S. D. — Doy contestación a su atento oficio número 0670 de 17 de los corrientes, por medio del cual usted me solicita una explicación para lo que usted conceptúa, un costo excesivo de las obras a mi cargo en la carretera Montería-Betancí, empezadas el 5 de marzo de 1956.

"En mi opinión, la posible excedencia sobre lo normal de tales costos, es atribuíble, principalmente, a que durante todo el tiempo que llevan empezadas las obras de esa vía, ha sido frecuente el traslado de varias máquinas, para ejecutar trabajos en otros lugares, traslado que se ha hecho siempre en acatamiento de órdenes emanadas de jornales, prestaciones sociales, combustibles, lubricantes, reparaciones y repuestos, ocasionados en tales trabajos, seguían siendo cargados a la carretera Montería-Betancí.

"En relación con su solicitud contenida en el oficio número 702 debo manifestar a usted que estando al frente de los trabajos de la carretera Cereté-San Carlos, fuí trasladado el 5 de septiembre de 1955 a dirigir el personal de la obra del Campo Aéreo San Antonio, en donde trabajé hasta el 15 de enero de 1956.

"En los trabajos de ese campo estuvo a mi cargo el siguiente equipo mecánico:

"Tres buldozers.
"Un traxón.
"Una motoniveladora.
"Un compresor.
"Un rodillo.
"Un carro-tanque.
"Una pala-draga.
"Un número de volquetas, variables entre 6 y 8 unidades.

"El personal que trabajaba en esas obras, además de los Operadores y Ayudantes, era de un capataz, un cadenero y 9 obreros, y los jornales respectivos me parece que se cargaba a una cuenta denominada "CAMINOS CARRETEABLES" pero no me consta, porque yo simplemente me limitaba a pasar las planillas a la oficina del Almacén y Pagaduría de Obras Públicas.

"La intrevención mía en esas obras fue después de un mes, más o menos, de haberse iniciado ellas, y cuando me trasladé a las de la carretera Montería-Betancí, quedó en mi reemplazo en San Antonio el señor Enrique Sánchez Buelvas.

"Espero dejar contestado en esta forma los oficios suyos y a que hago referencia.—De usted atento servidor, (Fdo.) Sabas Martínez E., Jefe de Obras del Departamento".

En cuanto a los suministros de combustibles y otros implementos, despachados con cargo al Gobierno Departamental por la firma García Hermanos (parientes del procesado) y con destino a la finca "San Antonio", son pruebas más que idóneas los comprobantes que aparecen de folios 14 a 119 y 121 a 130 del cuaderno citado.

Como es claro que los fondos y efectos del Departamento no se aplicaron tan sólo a la construcción o ampliación del aeródromo, sino que con ellos también se iniciaron y adelantaron otras obras para beneficio del inmueble de los esposos Rojas-Correa, en las cuentas, comprobantes, cuadros de jornales y demás documentos, así como en las declaraciones de los funcionarios que intervinieron en los hechos, nitidamente no es posible aislar las sumas invertidas por cada una de las dependencias de la Gobernación, máxime cuando las oficinas encargadas de la fiscalización de los gastos públicos omitieron cumplir los más elementales deberes en el ejercicio de sus funciones.

Por todo esto, la prueba testimonial, que es abundante, se refiere sin mucha discriminación a todas las obras que durante la administración del señor García Sánchez se hicieron en la finca 'San Antonio', unas con fondos del Departamento, otras por dependencias o entidades propiamente nacionales, y, algunas con aportes de ambos tesoros.

Repasando los testimonios que obran en los autos, especialmente los rendidos por ex-funcionarios departamentales, la Sala presta singular mérito a los de Jerónimo Pardo Buelvas, ex-almacenista-pagador de la Secretaría de Obras

Públicas de 1954 a 1957 (folios 35, 53 y 137); Enrique Fernando Sánchez Buelvas, ex-inspector de equipo y maquinaria (folio 123); José Miguel Sabas Martínez, Jefe de Obras del Departamento (folio 140); Ladislao Posada, oficial de talleres (folio 179), incorporados al primer cuaderno del expediente; a los de José Julián Jiménez V.; José Manuel Gil, Jerónimo Fajardo, Miguel Mariano Gómez P., Rubén Guerra Ibarra, Raúl Gómez Reynero, Agapito Lasprilla E., entre otros de los que aparecen en el cuaderno número 3 (folios 3, 60, 65, 76, 78, 147, 270).

Casi todas las declaraciones referidas fueron posteriormente ampliadas, como puede verse en el cuaderno número 7, para aclarar algunos puntos oscuros de la investigación, y algunos de los deponentes, por aparecer comprometidos en ella, rindieron además indagatoria. Esas distintas diligencias conducen a demostrar inequívocamente la irregular inversión de que se viene tratando, así como las demás que fueron materia de esta investigación.

Como carece de objeto examinar en particular esas piezas procesales, únicamente se transcribirán algunas, en concepto de la Sala las más fundamentales:

José Julián Jiménez Villalobos, quien desempeñó la Subsecretaría de Obras Públicas, dice:

"Yo primero fuí coordinador de fomento en la Gobernación del Departamento, en el año de 1954; unos meses después eliminaron ese cargo y me nombraron interventor de líneas, de esa misma Secretaría; después pasé a ser Sub-Secretario de Obras Públicas, según designación hecha por la Gobernación del Departamento entonces a cargo del señor Miguel García Sánchez, parece que a fines de 1955 o a principios de 1956 y en ese cargo estuve permanentemente hasta el 30 de mayo del presente año de 1957".—PREGUNTADO: ¿Sabe usted si durante el tiempo que ejerció la sub-Secretaría de Obras Públicas esta entidad prestó su contingente de elementos; trabajadores, maquinarias, etc. para obras que se adelantaran en la finca denominada 'San Antonio', en jurisdicción del municipio de Ciénaga de Oro? CONTESTO: "Parece que sí recuerdo que se prestara alguna colaboración, no propiamente a la finca de 'San Antonio', sino al CAMPO 'SAN ANTONIO', situado en terrenos de esa misma finca, en Ciénaga de Oro". Esa colaboración fue poniendo a disposición de esa obra maquinarias, volquetas y buldozers, con todo combustible y los respectivos operadores. No sé si también personal de trabajadores del Departamento, pero me recuerdo que había un trabajo cercano a dicha obra, de la carretera Cereté-San Carlos. Para mí tengo que esta colaboración se prestó por razón de considerar que se trataba de una obra de interés regional". PREGUNTADO: Su superior inmediato, el secretario de Obras Públicas, desplazaba la misma colaboración que usted anota para estas obras del campo de San Antonio y le autorizó a usted para hacer solicitudes de diversa clase de suministros a casas comerciales, con destino a los referidos trabajos? CONTESTO: "Sí, el señor Secretario de Obras Públicas puso o prestó esa colaboración al servicio de esa obra del campo de San Anonio. Y ciertamente fuí autorizado por él, casi siempre verbalmente, para que yo hiciera órdenes de pedidos a las casas comerciales, con ese destino, y así lo hice varias veces. Esas órdenes dadas por mí, en ese carácter, deben estar en los archivos de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento".—PREGUNTADO: ¿Aproximadamente durante qué tiempo la Secretaría de Obras Públicas colaboró en la ejecución de trabajos dentro de la finca de San Antonio? CONTESTO: Sí, sé que antes del diez de mayo de este año ya esa obra del campo de San Antonio estaba concluída y se inició aproximadamente unos seis meses antes de ser terminada, en el verano".—PREGUNTADO: ¿Ordinariamente qué clase de materiales o elementos solicitaba usted a las casas de comercio, con destino a esas obras? CONTESTO: "Bueno, combustibles, tales como ACPM, aceites, a veces las piezas que se dañaban en los vehículos y la gasolina para las volquetas que allí trabajan". PREGUNTADO: ¿El Gobernador le había dado a usted órdenes en el sentido de atender preferencialmente estas obras y de proceder rápidamente a los suministros que le fueran solicitados? CONTESTO: "Bueno, nó. Las órdenes las recibía yo del Secretario de Obras Públicas, que era entonces el señor IGNACIO MARTINEZ. Solamente una vez recuerdo que me llamó personalmente el señor Gobernador para decirme que debíamos terminar dentro del verano la obra del puente de Tierra Alta, municipio. Aclaro que las solicitudes de pedidos las formulaba yo dirigidas al Pagador-Almacenista de Obras Públicas que lo era entonces MANUEL JERONIMO PARDO, y esas órdenes escritas firmadas por mí y otras que firmaba el mismo Secretario de Obras, deben estar en el archivo de la Contraloría, donde fenecen las cuentas y posiblemente también en la misma Secretaría".—PREGUNTADO: ¿ Supo usted si para

el personal de obreros destinados a esas obras se hacían planillas especiales en que se especificara que cumplían labores en 'San Antonio', o simplemente, los nombres de estos obreros se integraban dentro de las planillas generales de trabajadores al servicio de obras públicas? CONTESTO: "Yo creo que esas planillas en la parte de arriba dicen: "CAMPO SAN ANTONIO". Naturalmente que eso lo verificaba el departamento como una colaboración a esa obra, y no había por qué mistificar la cosa, ya que no se hacía con dolo o mala fé". — PREGUNTADO: ¿Como Sub-Secretario de Obras, usted debía darle el vito bueno o la aprobación a los suministros una vez efectuados, lo mismo que a las planillas de trabajadores empleados en San Antonio? CONTESTO: 'Sí, señor. Cuando no estaba en su oficina el señor Secretario de Obras Públicas, yo entonces autorizaba esas cuentas o nóminas una vez que tuvieran el visto bueno del ingeniero interventor y de proyectos del departamento, que lo era el doctor SAUL GOMEZ REINERO, residente hoy en Cartagena".

Jerónimo Fajardo, Sub-Secretario de Obras Públicas con posterioridad al 10 de mayo de 1957, expresa:

"Ejerzo ese cargo desde el primero de junio del presente año y le sucedí en él al señor José J. Jiménez Villalobos". — PREGUNTADO: ¿Dentro del ejercicio de su cargo como Sub-Secretario sírvase usted manifestarnos si en el examen y revisión de cuentas y gastos producidos por el despacho de Obras Públicas durante los años de 1955, 1956 y 1957, ha encontrado usted inversiones de caudales públicos con destino a obras adelantadas por la misma Secretaría en la finca de 'San Antonio', y en este caso, a qué monto aproximado las hace usted ascender, de qué manera se produjeron esos pagos, qué personal de trabajadores y mecánicos fue adscrito a tales obras, y en general cuántos puntos considere usted de importancia mencionar sobre el particular? CONTESTO: En primer lugar, al llegar a la Sub-Secretaría de Obras Públicas y entrar a conocer los archivos de esa dependencia, encontramos muchos oficios emanados de la Secretaría ordenando trabajos en la finca 'San Antonio', dependiente del Ingenio de Berástegui, de propiedad del señor Gustavo Rojas Pinilla. Estos oficios iban siempre firmados por el señor Secretario de entonces, don IGNACIO MARTINEZ M., don TIRSO NEL COLEY en su condición de Secretario encargado en algunas ocasiones, y por el señor Sub-Secretario JOSE J. JIMENEZ VILLALOBOS, oficios todos que indican las obras que el departamento por conducto de la Secretaría de Obras Públicas venía realizando en la finca de 'San Antonio'. Así mismo encontramos planillas que decían o dicen de los jornales invertidos en obreros dedicados a las labores de la finca mencionada. Igualmente encontramos que algún proveedor del departamento —Sección de Obras Públicas— y a renglón "COMBUSTIBLES" aparecieron infinidad de órdenes para despachar combustibles, lubricantes y aceite a la finca de San Antonio; es más, en estas órdenes aparecen unas firmadas en forma personal y con cargo al tesoro del departamento por el entonces gobernador señor Miguel A. García Sánchez, inclusive la señorita TULA SIERRA, cecretaria privada de don Miguel García Sánchez también dispuso algunas entregas de esos elementos, a la firma "García Hermanos", de Cereté, con cargo al tesoro del departamento, en nombre del entonces gobernador García Sánchez y firmadas por ella en papel sin membrete. Así mismo encontramos un contrato celebrado por la Secretaría de Obras Públicas, el cual debió ser autorizado por un decreto emanado de la gobernación, con el señor Julio ACOSTA A., para el montaje de unas casetas en la finca San Antonio, contrato que tiene un valor de treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00), del cual se pagó por el Departamento aproximadamente treinta y dos mil ochocientos pesos ($ 32.800.00) en cuentas debidamente legalizadas con el visto bueno de la Secretaría de Obras Públicas, refrendadas por la Contraloría del Departamento ya que por todo ello debió haber las apropiaciones correspondientes en el presupuesto de rentas y gatos para la vigencia de 1957, presupuesto que fue aprobado por una ordenanza del Consejo Administrativo del Departamento con la aprobación del señor Gobernador García Sánchez. Sabemos que el tesoro departamental por conducto de los Almacenes y Pagaduría de la Secretaría de Obras Públicas, hizo las erogaciones correspondientes en los trabajos de la finca 'San Antonio', porque al llegar a la Secretaría dicha encontramos las libretas de jornales que dan base para formular las planillas de pagos a los obreros, operadores, choferes, ayudantes y personal de talleres y garage del Departamento, que algunas de esas libretas de jornales estaban marcadas por el inspector de obras señor SABAS MARTINEZ ESCOBAR con el nombre de 'TRABAJOS DE SAN ANTONIO' estampadas estas pa-

labras en la carátula de las libretas; asímismo nos dan base para esta información, el hecho de haber solicitado a cada uno de los obreros, operadores, ayudantes, choferes y personal de talleres, de las labores por ellos realizadas en la finca San Antonio en las fechas correspondientes a esas libretas y a las planillas de pago. Hasta el momento no se ha contabilizado la inversión hecha por el departamento en las obras hechas en la finca San Antonio, mejor dicho, no se ha totalizado esos comprobantes, pero estimo que la inversión asciende a una suma mayor de TRESCIENTOS MIL PESOS ($ 300.000.00), porque la sola construcción de la casa con su piscina y otras anexidades, estimo que tiene un valor mayor de doscientos mil pesos ($ 200.000.00), sin tener en cuenta el valor del terreno. A esto hemos de agregar la construcción del campo aéreo en la misma finca, cuyos terrenos los conocí y los caminé en épocas de invierno por haber tenido cultivos en esas zonas antes de ser integrantes de la finca de San Antonio, siendo terrenos pantanosos cuya disecación y acondicionamiento para la obra ejecutada hace pensar en un costo muy elevado, si se tiene en cuenta a la vez la depreciación del equipo de propiedad del departamento que también ví personalmente, por mucho tiempo, trabajar en las mencionadas obras. Doy como dato el hecho de que al hacer dejación de la Secretaría de Obras Públicas, doctor RAMON BERROCAAL VILLARREAL, en octubre de 1953, acababa el departamento —por conducto de la Secretaría de Obras Públicas— de adquirir el equipo de maquinaria pesada, cuyo valor aproximado, si mal no recuerdo fue de unos doscientos cincuenta mil pesos en esa época, hoy al recibir ese mismo equipo lo encontramos totalmente deteriorado e inservible, en cuya reparación el gobierno departamental, por conducto de la Secretaría de Obras Públicas, ha invertido, para ponerlo a funcionar apenas parcialmente, con los repuestos que se han logrado conseguir, la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) aproximadamente. Es conveniente dejar establecido que la Secretaría de Obras Públicas del Departamento en los años de 1954, 1955, 1956 y en los cinco primeros meses de 1957, sólo utilizó el equipo de maquinaria pesada y volquetas en la construcción de catorce kilómetros de camino carreteable que unen a la población de Montelíbano con la carretera troncal de occidente partiendo de Chinú y Lorica, doce kilómetros en el carreteable que partiendo del kilómetro 15 de la carretera Montería-Planeta Rica va al alto Sinú. Todo lo demás, en tiempo y equipo, se consumieron en San Antonio, durante el lapso de 1953 a mayo de 1957".

Las explicaciones que sobre el particular da el señor García Sánchez, fuera de que carecen de la indispensable espontaneidad, por haberle permitido el funcionario instructor dictar respuestas previamente elaboradas por su apoderado, están en abierta oposición con la realidad procesal, pues dice no haberse enterado de las obras adelantadas en la finca de "San Antonio" y no haber autorizado jamás la inversión de los fondos públicos para ese efecto. Ya se han transcrito los documentos que establecen lo contrario en la investigación.

Explica el señor García Sánchez a folios 242 vuelto y siguiente del cuaderno número 3;

Los cargos concretos que usted me va a formular son éstos señor investigador, a no ser que la imaginación de los instigadores sumariales haya logrado ya condicionar otros nuevos: que el Departamento cooperó con el uso de sus máquinas y el pago de algunos jornales a la obra de acondicionamiento de una pista de aterrizaje cerca a la residencia presidencial de San Antonio, en tierras del General Rojas Pinilla. Que el Departamento cooperó con catorce mil pesos para la construcción de un establo pesebrera destinado a la policía rural montada en la misma hacienda, y que la gobernación pagó con fondos públicos unos tambores de combustible, para asegurar el servicio de alumbrado en la guardia militar y casa presidencial allí establecida. Sea lo primero reparar en si usted realmente cree que tales hechos constituyen un delito; porque si no lo creyere y lo pudiese sostener como jurista cometería grave violación a los principios legales que rigen la investigación, particularmente al artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, que señala las condiciones en que puede someterse a un ciudadano al rigor de una indagatoria. Lo segundo, y para el mismo efecto, si cree con base en alguna prueba que yo sea responsable de algún modo de los hechos que investiga. Por mi parte digo a usted: en cuanto al primer cargo, nunca autoricé como gobernador la cooperación del Departamento en los trabajos adelantados oficialmente por la Corporación Nacional de Aeropuertos y la zona de carreteras nacionales en la adaptación de una pista de aterrizaje en la hacienda de San Antonio. El asunto no fue tratado en consejo de gobierno, ni me fue consultado personalmente, ni tuve oportunidad de saber las condiciones en que se desarrollaba tal trabajo. Pero no es menos cierto que

la pista de San Antonio la considero como una obra de progreso muy notable para la región del centro Sinú; que el General Rojas me autorizó para darla al servicio público y yo lo hice así por medio de la prensa y de la radio; que en ella operan desde el principio Aéreas fumigadoras de algodón; que de ellas se sirve el ejército para misiones de orden público, relevo de guardia, tranporte de tropa y equipo; que de ellas se sirvió para la seguridad de la persona del presidente y la comunicación necesaria con el resto del país, lo mismo que la empresa de Avianca para numerosos vuelos comerciales y oficiales que ahí han tenido destino. Por todo ello, y porque fue dispuesta por el gobierno nacional y ejecutada a través de la Corporación de Aeródromos; porque fue trazada por los ingenieros oficiales de dicha dependencia y asistida por sus topógrafos. y porque se destinaba a un uso público en mi departamento, le habría dado mi pleno respaldo a la coperación prestada por mis secretarios de obras públicas si se me hubiera pedido. Y ahora como no puedo hacer otra cosa, le ofrezco mi solidaridad moral a su actitud discretísima y honesta. Ya sé ahora que el campo de San Antonio, al borde de la vía pública nacional, destinado a garantizar al presidente en su seguridad y en sus comunicaciones, apto para operaciones militares, diseñado para el aterrizaje de tetramotores capaces de movilizar la población y la riqueza ganadera de Córdoba, pudo costar a lo sumo treinta mil pesos ($ 30.000.00), de los cuales en una suposición, pudo haber pagado quince mil pesos ($ 15.000.00) el Departamento por concepto de jornales y uso accidental de sus propias máquinas".

La diligencia de inspección ocular practicada en la Secretaría de Obras Públicas y Almacén-Pagaduría de la misma (folios 358 y siguientes, cuaderno número 3), contiene un examen de las distintas cuentas y comprobantes que acreditan la aplicación de fondos oficiales del Departamento a la obra del aeródromo. Su parte final dice:

"Sumadas las 19 planillas que se han examinado y que son apenas una parte de las correspondientes a egresos causados por la Secretaría de Obras Públicas en obras de la finca de 'San Antonio', arrojan la cantidad de VEINTIDOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS ($ 22.558.00) MONEDA CORRIENTE, y el valor de los pedidos de materiales y combustibles —que también son únicamente una parte de los gastos hechos por ese concepto— ya que no ha sido posible examinar todas las cuentas y pedidos sobre el particular, debido al poco orden en que se encuentran estos documentos en las oficinas del almacén y pagaduría, asciende a la cantidad de CUATRO MIL TRESCIENTOS TRES PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 4.303.50) moneda corriente, que contabilizada con la partida anterior (de planillas) dá un total de VEINTISEIS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UN PESOS CINCUENTA CENTAVOS ($ 26.861.50) moneda corriente. Y es de advertir que tampoco comprende este examen lo conducente al valor de las maquinarias o vehículos adquiridos por el Departamento y destinados a labores en la finca de que se trata ('San Antonio'), ni el costo de su depreciación por causa de ese servicio, todo lo cual será objeto de revisión de documentos distintos y de concepto pericial diferente. Agotados los puntos materia de esta inspección, se declara concluída, anotándose que la intervención de los señores secretario y sub-secretario de obras públicas departamentales y almacenista-pagador de la misma oficina, se limitó a suministrar todos los documentos e informes de que se ha hecho mérito. También cabe aclarar que la planilla de la semana del 31 de octubre al 6 de noviembre de 1955, a que se contrae el numeral 2º —hoja 3ª de esta inspección— es la misma relacionada en el numeral 13º de esta acta, pues fue encontrada con posterioridad a la anotación primeramente hecha sobre ella. La contabilización no se altera porque su valor apenas está anotado una sola vez ($ 1.225.00). Y es de consignar también que del examen de las planillas oficiales y de la libreta auxiliar del señor Sabas Martínez Escobar, resulta evidenciado que entre el lapso del 5 de septiembre de 1955 al 15 de enero de 1956, es decir, del folio 6 al 24 de dicha libreta, período durante el cual afirma Martínez haber desarrollado trabajos en 'San Antonio', —según sus anotaciones puestas a folios 6 y 24— hay quince planillas correspondientes a las oficiales que han sido examinadas y quedan cuatro (4) listas de Martínez sin incluírse en la relación de las planillas oficiales descritas, porque las equivalentes a esas no fueron halladas en los archivos de la Pagaduría o Almacén —de donde se concluye que el valor de las inversiones en dicha finca por estos conceptos es superior al totalizado anteriormente—. Debe añadirse que hay varias planillas, como se dijo a través del acta, que llevan su imputación

a renglones distintos, como 'Caminos carreteables y sostenimiento de los mismos' y otras a 'Sección carretera Mochila-Betancí', sin que en las planillas oficiales se haga la anotación de que esos trabajadores ahí relacionados hubieran estado en labores en la finca de 'San Antonio'. Los peritos hacen la aclaración de que la suma dada como total de las 19 planillas que examinaron no implican necesariamente el que estas planillas estuvieran denominadas para obras en la finca de San Antonio, pero que sí corresponde el valor a las anotaciones por elllos también examinadas en el libro que se les presentó y que lleva el nombre de Registro de trabajadores, —cuenta semanal— Campo San Antonio, carretera Mochila-Betancí. El Juzgado quiere dejar la siguiente anotación: Con respecto a los papeles, documentos, vales, que por auto de fecha cinco de noviembre de 1957 se ordenaron obraran como prueba dentro del expediente, no se produjo examen sobre ellos por parte de los señores peritos. También anotan los señores peritos que en la inspección no fueron puestos a disposición por la Secretaría de Obras Púbilcas ni el almacenista pagador, nóminas, comprobantes, libros, por lo cual la inspección se contrajo al examen de planillas oficiales, registro de trabajadores ya referido, firmado por Sabas Martínez E., órdenes de pedidos de elementos varios de los meses de noviembre y diciembre de 1955 de la Secretaría de Obras Públicas, pedidos del almacenista pagador. En constancia de lo expuesto, se extiende y firma la presente acta, quedando leída y aprobada por quienes en ella intervinieron, hoy 16 de enero de mil novecientos cincuenta y ocho".

No hay, pues, duda alguna sobre la indebida aplicación de fondos y efectos oficiales del Departamento de Córdoba a la obra de construcción o ampliación del aeródromo en la finca 'San Antonio'; aplicación que se hizo sin haber sido autorizado el gasto en legal forma y para beneficio de una propiedad particular.,

c). **Construcción de un establo en la finca 'San Antonio'.**

Sobre este hecho el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace un completo análisis de los medios de prueba que lo acreditan. Como la Sala lo halla ajustado a la realidad del proceso, se permite reproducir lo pertinente:

"a) Conforme a las declaraciones rendidas por el señor Agapito Laspriella Estepa, Agente de la Seccional en Montería de la Corporación Nacional de Servicios Públicos (folios 270 del C. 3º, 117 y 157 del C. 7º), y en vista de lo atestiguado por el Coronel Alvaro Calderón Rodríguez, Gerente de la misma Corporación, en torno al origen de la construcción de un establo en la finca de 'San Antonio' (ver las declaraciones de Calderón a los folios 307 del cuaderno 3º y 113 del cuaderno 7º) se evidencia en autos que a mediados del año de 1955 tuvo lugar en la finca de 'San Antonio' una entrevista entre el General Rojas Pinilla y los mencionados Coronel Calderón y señor Laspriella, entrevista a la cual también asistió el señor Miguel A. García Sánchez (ver folios 271 v., C. 3º, 118, C. 7º, y 308, C. 3º).

"Durante ella, el General Rojas Pinilla expresó delante de los presentes que necesitaba unas estructuras metálicas las cuales en un principio fijó en número de seis, para luégo aumentarlo hasta completar nueve (folios 272 y 308), cuaderno 3º); que ante el deseo manifestado por Rojas Pinilla, el Coronel Calderón (folio 114, cuaderno 7º), hizo que el señor Laspriella Estepa, en su condición de subordinado suyo, se comunicara telefónicamente con la Agencia de la Corporación Nacional de Servicios en Barranquilla, a fin de conseguir las estructuras exigidas; que así se hizo y por haberse sabido que las estructuras que en dicha Agencia existían, eran precisamente de las mismas características de las que apetecía el General Rojas Pinilla, éste entonces ordenó que fueran pedidas y remitidas a su finca de Berástegui, para evitar el transporte a otra parte'. (Folio 272, cuaderno 3º).

"De los mismos testimonios referenciados, se acredita que el Coronel Calderón le ordenó al señor Laspriella le prestara al Presidente Rojas la colaboración necesaria y le facilitara 'las estructuras y demás elementos que necesitara él y que hubiera en nuestros depósitos en Barranquilla, Bogotá o Montería'. (Folio 308, ibídem).

"b) Sin embargo, ocurrió que el señor Laspriella Estepa, después de recibir las referidas órdenes le preguntó al Coronel Calderón, 'quién iba a pagar esos elementos', a lo cual éste le dijo **'que eso lo debía pagar el señor Presidente** ya que en el Instituto de Crédito él tenía una cuenta corriente de elementos que pedía (Folio 308, C. 3º) (El subrayado es del suscrito).

"Y fue por esta respuesta de Calderón Rodríguez que al mismo Laspriella se le ocurrió, preocupado como estaba por saber quién respondería del pago del valor de tales órdenes de entrega,

preguntarle al mismo General Rojas Pinilla 'de qué fondos se iba a disponer o quién iba a pagar el valor de las estructuras y del trabajo de la obra', obteniendo como respuesta estas textuales palabras: "ESO HABLESE CON MIGUELITO". (Folios 272 v., C. 3º y 118, C. 7º).

"c) Y con 'Miguelito', esto es, con el señor don Miguel A. García Sánchez, se habló Agapito Laspriella, en forma de preguntarle lo mismo que le había inquirido al General Rojas, ocurriendo que el Gobernador García Sánchez le manifestó que sobre tal pago, '....sobre eso ya tenía instrucciones suyas el Secretario de Agricultura del Departamento, señor doctor Vicente Escobar Méndez' (Folio 272 v., C. 3º), a fin de que dicho Secretario '....suministrara los fondos y se acordara la manera de presentar las cuentas de los gastos que éste trabajo ocasionara". (Fl. 118, C. 7º).

"d). El testigo Laspriella agrega sobre esta misma cuestión, que se puso al habla con el Secretario doctor Escobar Méndez, quien le manifestó '.....que ya el señor Gobernador Miguel García Sánchez le había hablado a tal respecto, que por consiguiente yo podía formular mis cuentas de los materiales que fueran suministrados por la Corporación Nacional de Servicios Públicos... y que los de las casas comerciales debían pasar a la Secretaría de Agricultura del Departamento sus cuentas corrientes para cancelarlas...' (Fls. 118, C. 7º y 272 v., C. 3º).

"e) De su parte, el doctor Vicente Escobar Méndez al rendir declaración indagatoria, dice que el Gobernador García Sánchez tacitamente aceptó la obra de construcción del establo (folio 123, cuaderno 3º); y al preguntarle el instructor si él, Escobar Méndez, mantenía informado al mismo García Sánchez '.....sobre la marcha de la obra de San Antonio, de los costos y erogaciones que implicaba para la Secretaría de Agricultura....' contestó: 'Como esta obra obedecía ya a un plan general y **él ya había sido informado en principio**, me refiero al Gobernador García Sánchez, de la obra que se iba a emprender no lo seguí informando plenamente del monto de la obra, de la cantidad de material gastado en ella y demás detalles de esta naturaleza, porque entre otras cosas suponía yo que él al visitar al señor General Rojas Pinilla allá en su finca de San Antonio tenía que ver el desarrollo que iba de esa obra, y quizás si hubiera quedado mal alguna parte de su construcción entonces él me hubiera llamado la atención, luego al no hacerlo me sentía yo autorizado para seguir la obra' (Folio 122, ibídem).

"f) Veamos ahora de qué manera o forma se atendió efectivamente al pago de las estructuras y de los demás materiales empleados en la construcción del establo.

De acuerdo con lo aseverado por el testigo Laspriella Estepa —lo cual está confirmado en el proceso por la relación de cuentas pagadas por la Pagaduría de la Secretaría de Agricultura a que se refiere el folio 49 del cuaderno 1º, relación que fue remitida por el Almacenista-Pagador Pardo Buelvas con oficio del 14 de junio de 1957 (folio 48, cuaderno 1º) al Secretario de Agricultura doctor Miguel F. de la Espriella (véase numeral primero de esta Vista Fiscal) se tiene que en la construcción del establo de la finca del General Rojas Pinilla se emplearon tres de las estructuras que el Coronel Calderón, en su condición de Gerente de la Corporación Nacional de Servicios Públicos creo haberle vendido al mismo General Rojas, desde luego que al folio 114 vuelto del cuaderno 7º manifiesta esto: '....No podría aclarar ni conceptuar sobre nada más de lo sucedido sobre esta investigación, ya que mi intervención fue, como lo he manifestado ya en repetidas oportunidades, ordenar venderle al General Rojas unas estructuras y prestarle los servicios que nosotros en nuestra Seccional pudiéramos servirle como Presidente de la República y ciudadano colombiano'.

'Y sobre lo mismo, agrega el testigo en mención, esto otro que da idea de las arbitrarias exigencias de Rojas Pinilla y que descarta la alegada intervención de la Corporación de Servicios Públicos en la ejecución de una obra pública para servicio público:

'"....el suscrito para tomar la determinación que tomó en San Antonio de facilitarle al Presidente los elementos y asesoría técnica administrativa por cuenta de la Seccional de Montería, tuvo en cuenta que en la zona se adelantaban diversas clases de trabajo y que este servicio en nada dificultaba la marcha en general de la entidad. Es claro que como simple afiliado el General Rojas ha dicha caja no podía contar con esas prerrogativas, pero dadas las condiciones especiales en que se encontraba colocado el General Rojas, no podía negarle ese servicio...'" (Folio 309, v., C. 3º).

"Razón tenía Laspriella Estepa, al ordenarle al contador de la Empresa, como lo cuenta al folio 118 el C. 7º, que inicialmente cargara el valor de

las estructuras a DEUDORES VARIOS, en espera de conseguir que alguien se hiciera cargo de la deuda proveniente de la venta de tales materiales.

"g) El pago de las tres estructuras que la Corporación Nacional de Servicios Públicos le vendió al fiado al General Rojas Pinilla, vino a ser definitivamente cancelado, por el Departamento de Córdoba, por conducto de la Secretaría de Agricultura y Ganadería, a cargo para entonces del doctor Vicente Escobar Méndez, ocurriendo así que una entidad oficial indebidamente subrogó a un deudor particular en el pago de un crédito.

"Dicho pago se comprueba por medio de la inspección ocular practicada sobre los documentos que reposan en la oficina del Almacenista-Pagador de OO. PP. y Ganadería por el funcionario de instrucción. (Folio 340, Cuad. 3º).

"h) Pero además de esta suma de $ 2.459.13 que salió de las arcas departamentales en las anormales circunstancias ya anotadas, se sabe, como consecuencia de la ameritada inspección ocular, que otras cuentas fueron cubiertas por el mismo erario de Córdoba, por concepto de pago de diversos materiales empleados en la construcción del establo y de obras de mano en el mismo.

"Es así como tenemos que la relación hecha de pago de tales materiales que figura al folio 49 del cuaderno 1º, fue plenamente establecida por el instructor, resultando que a la firma de García Hermanos, a la cual pertenece como socio don Miguel A. García Sánchez, se le pagó la suma de $ 2.441.25; a "Construcciones Tissot y Compañía Limitada", "....por concepto de asistencia técnica —hechura base y montaje establos para finca 'San Antonio' de propiedad del Excelentísimo señor Gustavo Rojas Pinilla', la suma de $ 269.80; a Industrias River, $ 455.00; a las mismas Industrias River, $ 175.00; a Orjuela y Borelli, $ 192.00; a Alberto Sanín Rivera, $ 317.10; a Fernando Vargas, $ 100.00; a la Corporación Nacional de Servicios Públicos, $ 40.00; a la misma Corporación, $ 220.00; a José López, $ 215.75; a Alfonso Medina, $ 95.50; a Santos Díaz, $ 50.00; a Catalino Meléndez, $ 480.00; a José López, $ 86.25; y a la Casa de los Muebles, $ 350.00.

"Con excepción de la firma de Tissot y Compañía Limitada, todos los demás beneficiarios de las cuentas de que se trata, al declarar confirman las conclusiones de la mencionada inspección ocular.

"Mediante la misma inspección se comprobó además que a Industrias River le fueron pagados también $ 175.00 por concepto del valor de 'setecientos bloques de construcción de andenes y pozo séptico de San Antonio' (Folio 342 ibídem); a Remberto Burgos, $ 50.00, por razón de 'un viaje a la finca de San Antonio conduciendo a los señores ingenieros Alejandro Espinosa y Adriano Vélez en misión oficial'. (Folio 345, C. 3º).

"De los pagos hechos de semillas de yaraguá y por recolección y empaque de semilla, a los cuales se refiere la Pagaduría de la Secretaría de Agricultura al folio 49 del cuaderno 1º, por valor de $ 1.033.60, sólo se comprobó con la inspección en cita el pago de $ 33.60 al señor Francisco M. Zabaleta, causados por recolección y empaque de semillas.

"i) De todo lo cual resulta finalmente que por concepto de pago de las estructuras empleadas en la construcción del establo de la finca del General Rojas Pinilla, del valor de otros materiales y de algunos trabajos hechos para el mismo fin, el Departamento de Córdoba, por conducto de la Secretaría de Agricultura y Ganadería a cargo del doctor Vicente Escobar Méndez, sufrió una merma en su patrimonio equivalente a la suma de SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON SETENTA Y OCHO CENTAVOS ($ 7.936.78) moneda legal.

"j) La calidad de Secretario Departamental de Agricultura y Ganadería de la cual estaba investido el doctor Vicente Escobar Méndez, para la época en que tuvo lugar la construcción del establo de la finca de 'San Antonio', se acredita con las pruebas a que se contraen los folios 173, 187 y 188 del cuaderno 3º.

"k) Revisando la indagatoria rendida por el señor Miguel A. García Sánchez, por lo que atañe a los hechos relacionados a lo largo de este punto sexto de la Vista Fiscal que da el suscrito, sabemos que el indagatoriado asevera que la colaboración prestada por el señor Secretario de Agricultura, en relación con la construcción del establo que, como obra pública dizque era adelantada por el Gobierno Nacional por intermedio del Instituto de Crédito Territorial, no le fue consultada. (Folio 243 vuelto; cuaderno 3º). Agrega que el aludido secretario 'creyó conveniente aceptar el proyecto del gobierno nacional tendiente a estacionar en San Antonio una policía montada que prestaría el doble servicio de reforzar la guardia presidencial durante la estada del presidente y de vigilar los campos en la lucha por la seguridad rural contra el abigeato y el saqueo de cosechas. Juzgó correctamente, a mi entender, y aplicó sin necesidad de consultármelo, la suma de

catorce mil pesos ($ 14.000.00) para cumplir las dichas instalaciones, tomando esa cantidad de las partidas globales que el consejo de gobierno apropia mensualmente, para que gastos de su dependencia". (Fls. 243 v. y 244, Cuad. 3º).

"l) De la indagatoria rendida por el doctor Vicente Escobar Méndez (Folios 113 a 124, cuaderno 3º), es oportuno recalcar aquí, a más de lo anotado anteriormente, lo que se copia en seguida:

"'....PREGUNTADO: ¿Dentro de este plan de establecimiento de puestos de seguridad rural, dotados de establos en cuya instalación, dotación y construcción intervenía la Secretaría de Agricultura, ubicados en fincas de propiedad privada, estratégicamente escogidas y con autorización de sus dueños respectivos, sírvase usted informarnos en cuáles fincas se construyeron estos establos, qué costo aproximado por unidad tenían y sobre qué presupuesto se giraba para cubrir los gastos de construcción y elementos de la misma? CONTESTO: 'En eso no se llegó a construír sino un solo establo en el Departamento. Fue hecho en el Municipio de Ciénaga de Oro, en la finca de Su Excelencia el General Gustavo Rojas Pinilla, llamada 'San Antonio'; en esa obra ayudó la Secretaría de Agricultura con un valor aproximado de CATORCE MIL y pico de pesos ($ 14.000.00), gastos imputados al renglón de 'Campañas agropecuarias' de la Secretaría de Agricultura'.

"ll) Como se afirma en autos con cierto propósito de defensa (folio 89, cuaderno 5º) que entre lo construído en la finca de 'San Antonio' se cuenta '....una caballeriza o establo para los bagajes de una policía montada que prestase servicio rural en la defensa de los campos y reforzase periódicamente la guardia presidencial durante las visitas del jefe del Estado', es conveniente anotar que cosas muy distintas son un establo y una caballeriza, pues según la definición que de cada una de esas palabras trae el diccionario de la Real Academia Española, establo es un lugar cubierto en que se encierra ganado, en su acepción principal, al paso que caballeriza es el sitio destinado para estancia de los caballos y bestias de carga.

"Pero no solamente la diferencia anotada por lo que atañe al significado de las voces, establo y caballeriza, autoriza para no aceptar el calificativo que la defensa da a la obra hecha a base de las estructuras vendidas por la Corporación Nacional de Servicios Públicos, sino que también las características mismas que esa obra ofrece, según la inspección ocular del folio 139 del cuaderno primero, proporcionan una razón más que lleva a no creer que un establo hecho para ordeño de vacas, '....compuesto de tres pequeños cuartos de unos doce metros cuadrados de superficie, de un corral, de seis divisiones para bebederes y de diez orquillas para ordeño...' hubiera sido construído para servir igualmente de embarcadero para ganado, de pesebrera para caballos de una supuesta guardia rural, de sitio para alojar el 'bagaje', o mejor, el equipaje de una policía montada y los refuerzos que fuere necesario facilitarle a la guardia presidencial, todas las veces que el dueño de la finca llegase a descansar a la misma.

"m). Queda plenamente demostrado en autos, como resultado de la comunicación de fecha 14 de junio de 1957, dirigida por el señor Jerónimo Pardo Buelvas, en su condición de Almacenista-Pagador de la Secretaría Departamental de Obras Públicas al Secretario de Agricultura y Ganadería de Córdoba (folios 1 y 48, cuaderno 1º), por razón de lo reconocido sobre el mismo punto por el doctor Vicente Escobar Méndez al folio 121 del cuaderno 3º, y por el citado Pardo Buelvas al rendir declaración, y como consecuencia de lo verificado durante la inspección ocular de que tratan los folios 328 y siguientes del mismo cuaderno 3º, que el Departamento , atendió con la suma de TRECE MIL DOSCIENTOS ONCE PESOS CON SETENTA Y OCHO CENTAVOS ($ 13.211.78) moneda legal al pago de materiales empleados en la construcción del establo y de jornales de los trabajadores destinados para esa construcción, disponiendo de la partida asignada en el Capítulo 63, artículo 156 (ver también el folio 221 del cuaderno 6º), para proveer a las campañas agrícolas y ganaderas por emprender en el año de 1956".

d) **Otras inversiones en la hacienda San Antonio.**

Fuera de las obras a que ya se ha hecho alusión en esta providencia, el proceso establece otras formas de indebida aplicación de los fondos oficiales, amplia y detenidamente examinadas por el señor Representante del Ministerio Público y las cuales, por estar íntimamente vinculadas a las anteriores, pueden ser enunciadas con brevedad, previa advertencia de que la prueba que las establece ha sido, en lo principal, citada y criticada por la Sala.

Consta que en la finca 'San Antonio' el Depar-

tamento de Córdoba invirtió fondos de su erario en pago de jornales a trabajadores, como así lo acreditan los comprobantes, cuadros, cuentas y libretas que aparecen en el proceso, y lo confirman los testimonios de varios ex-funcionarios de la Secretaría de Obras Públicas y Secretaría de Agricultura, a más de la diligencia de inspección ocular, en otro lugar transcrita. Esos jornales fueron cubiertos por trabajos en el campo aéreo de 'San Antonio', en la construcción de las casetas y plataforma de espera del mismo aeropuerto, en la construcción del establo, y en otras obras menores de la propiedad del ex-presidente.

Consta, igualmente, que el Departamento adquirió y pagó diversos materiales que fueron empleados en obras adelantadas en la finca 'San Antonio', y que, también adquirió y pagó combustibles y otros efectos con destino a trabajos particulares en la propiedad del señor Rojas Pinilla. Muchos de los pedidos hechos a Casas Comerciales llevan la firma del señor García Sánchez, cuando no la de su empleada particular, señorita Tula Sierra.

Esa diversificada aplicación de los fondos oficiales no interesa someterla a un examen muy riguroso, y en cuanto al fundamento en los autos para imputar el cargo al señor García Sánchez, la Sala se remite al estudio hecho por el señor Procurador Delegado.

Por último, consta plenamente en el proceso que el equipo oficial de carreteras, propiedad del Departamento de Córdoba, fue puesto al servicio de las varias obras que se adelantaban en la finca 'San Antonio'.

6º **Cuantía del ilícito.**—Ya había advertido la Sala en otro aparte de esta providencia que no es posible fijar con exactitud el monto de las inversiones hechas por el Departamento de Córdoba en las obras mencionadas, precisamente porque la aplicación de los fondos oficiales se hizo anárquicamente, sin dejar en todos los casos las debidas constancias o comprobantes o porque los gastos se disimularon haciéndolos aparecer como hechos en obras públicas, cuyas partidas presupuestales venían asignadas en debida forma.

De una manera precisa los datos que da el proceso permiten determinar inversiones por un valor de CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS ($ 52.540.28), tal como lo anota el colaborador fiscal al folio 240 (cuaderno número 8).

Claro está que esta cifra es en mucho inferior a la realmente invertida por el Departamento de Córdoba, pero no hay base cierta para un cálculo distinto. Pero por no haberse establecido con seguridad el monto de las sumas gastadas por el Departamento de Córdoba, no se afecta la demostración objetiva del cuerpo del delito, ni se afectan los presupuestos de la responsabilidad penal.

No se trata de un delito contra la propiedad, sino de aquellos que lesionan la **administración pública,** para los cuales la cuantía de lo defraudado carece de interés, tanto por lo que toca a definir la competencia que, para el caso concreto la determina un factor distinto, el fuero, como para la integración jurídica de la infracción. La **administración pública** la lesiona el **peculado,** sin consideración al valor, en sus conceptos de **integridad, prestigio, confianza** de los asociados en el Estado y sus instituciones, siendo siempre secundario el daño económico, que puede no existir o ser oportunamente resarcido.

El monto del peculado, por lo que al Código Penal colombiano se refiere, según lo ya comentado, influye para determinar la naturaleza y duración de las sanciones, pero los límites que establece aquí no provocan confusión alguna puesto que no hay duda de que el delito a que se contrae la investigación sobrepasó con mucho la suma fijada para la imposición de la penalidad más alta prevista en el artículo 3º del Decreto 1.858.

No obsta lo anterior para que con oportunidad del plenario trate de hacerse una estimación más completa de la cuantía del ilícito, de ser ello posible.

LO QUE LA SALA CONSIDERA

Todo lo anteriormente expuesto con base en las constancias del proceso, ha tenido el solo pero necesario objeto de concretar los hechos a que se contrajo la investigación. Cabe, ahora sí, fijar con toda claridad las aspectos jurídicos del negocio, definir si son o nó delictuosos los hechos atirbuídos al señor García Sánchez; cómo se tipifican ellos frente a la ley penal colombiana, y en qué condiciones el procesado puede ser sujeto activo o agente de la infracción que se le atribuye.

Siguiendo un orden lógico de materia, la Sala procede a hacer las siguientes consideraciones:

PRIMERA.—Naturaleza y modalidades del cargo imputado.

Desde un principio y por los términos mismos

de la denuncia pública que dio lugar a la sumaria, la investigación se orientó a establecer un delito contra la Administración Pública (peculado) ya que se imputaba al señor García Sánchez y a algunos funcionarios subalternos suyos, cuando ejercía el cargo de Gobernador del Departamento de Córdoba, haber hecho uso indebido de caudales y efectos oficiales, aplicándolos en interés particular, concretamente en favor de los señores Gustavo Rojas Pinilla y doña Carola Correa de Rojas, propietarios de un inmueble denominado "San Antonio" en el municipio de Ciénaga de Oro del Departamento aludido y en el cual se construyeron obras para beneficio de los propietarios con los fondos públicos.

La imputación es, pues, por el cargo concreto de peculado en el caso del artículo 3º del Decreto número 1.858 de 4 de septiembre de 1951, que suspendió y transitoriamente subrogó el artículo 151 del C. P. Dice así:

"El funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar, incurrirá en prisión de dos a seis años cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos, o en presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor".

El delito de **peculado**, para emplear la definición de Maggiore, "es la apropiación de dinero o de una cosa mueble, perteneciente a la administración pública, cometida por un funcionario público o por el encargado de un servicio público, que por razón de su cargo están en posesión de esos bienes". Esta definición, que está en un todo ceñida a las disposiciones del Código Penal Italiano, no se acomoda rigurosamente a nuestro derecho positivo, pues lo mismo en el Capítulo I, Título III, Libro Segundo del Código vigente, como en lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 1.858 de 1951, la tipificación del **ilícito** es diferente por muchos aspectos.

En primer término, nuestra legislación considera delito de **peculado** dar el funcionario **"a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados"**, es decir, cuando simplemente el empleado responsable cambia la destinación de los fondos o efectos oficiales, pero siempre en servicio de la administración pública. No exige la disposición al respecto (artículo 150) un dolo específico, ni una finalidad de **provecho privado**, que puede ocurrir, según el autor que se cita, "en el caso de que el autor del peculado altere en provecho propio o ajeno, el destino **específico** de la cosa, sin alterar su destino genérico", o "cuando la cosa se ha hecho para un fin de interés público, pero distinto de aquél al que estaba destinada, siempre que esa desviación se efectúe para conseguir alguna ventaja personal, sin que tenga importancia el que este provecho sea económico o moral. Este sería el caso del funcionario que dispusiera arbitrariamente la ejecución de trabajos públicos para procurarse electores". En ambos supuestos la acción es de "distracción" de los fondos o efectos.

Para Maggiore, "no constituye peculado, sino simple ilícito administrativo, el **traslado** indebido de un capítulo a otro del presupuesto, cuando falta el elemento provecho". En la ley penal colombiana el hecho constituye **delito**, si bien sus consecuencias penales son relativamente benignas.

El **peculado propio**, o sea el previsto en el artículo 151 del Código y está ahora establecido en el artículo 3º del Decreto 1.858, comprende, en su **modus operandi**, la **apropiación** "en provecho propio o de un tercero", o hacer **"uso indebido** de los caudales u otros bienes", **"en cualquier forma"**, acciones éstas de tipo intencional o doloso en que se comprenden, con relación a los bienes enunciados en la disposición, **el alzamiento, el desfalco, la malversación**, del Código Italiano y la **distracción.**

Apropiar, en su acepción pertinente, es "tomar para sí alguna cosa haciéndose dueño de ella, por lo común de propia autoridad". En su sentido jurídico, Maggiore, en relación con el peculado, dice que "apropiarse una cosa singifica disponer de ellas como si fuera el propietario **(uti dominus)** (como el dueño); y como la cosa está únicamente en posesión del agente, el peculado, lo mismo que la apropiación indebida, en general, supone una inversión del título para poseer, a diferencia del robo, en que la posesión se invierte. La cosa se halla en posesión del agente, pero éste ejerce sobre ella actos de dominio incompatibles con el título por el cual la guarda".

No sobra recordar que la ley penal colombiana tipifica el peculado propio "por uso indebido" y lo entiende como **doloso**, en el mismo grado del que se comete por **apropiación**, o sustracción en su sentido estricto, posición jurídica ésta del Código que no contraría la tesis sostenida por connotados tratadistas de la materia de la no exis-

tencia del **peculado de uso**, pues en el desarrollo de dicha teoría distinguen con toda claridad conceptual el simple **uso** momentáneo de la cosa, que da al agente una tenencia precaria, sin ánimo de adueñarse de ella, del verdadero **uso indebido** en el que hay actos propios de disposición **"uti dominus"**. En esta última hipótesis no cabe discutir el delito de peculado.

La disposición atrás copiada comprende las dos especies de peculado propio y por ello habla de apropiación "en provecho suyo o de un tercero", y de "uso indebido", "en cualquier forma".

Los elementos que estructuran el delito, bien por **apropiación**, ya por **uso indebido**, son:

Sujeto activo o agente del delito. Lo es el funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, o lo es también, por mandato del artículo 155 del C. P., el que por cualquier concepto esté encargado "de fondos, rentas o efectos pertenecientes a un establecimiento de instrucción o de beneficencia".

Quiere decir lo anterior que el **agente** típico del delito de peculado, como hecho que atenta contra el interés jurídico de la administración pública, lo es el funcionario o el empleado que por razón de sus funciones esté encargado de **recaudar, pagar, administrar** o **guardar** caudales u otros bienes, propios a las entidades oficiales o a las empresas o instituciones a que se refiere el artículo 3º del decreto ya citado.

Esas condiciones que hacen apto a determinado funcionario público para ser sujeto activo del delito de **peculado** se exigen, como es obvio, para las formas comunes y simples de la infracción, es decir, cuando se trata de enmarcar jurídicamente, de acuerdo con la ley penal, la conducta aislada, individual, autónoma de un sujeto a quien se imputa el delito. En ese supuesto elemental cabe hacer toda clase de distinciones para saber si un acto de apropiación atribuído a determinada persona constituye **peculado, hurto, abuso de confianza**, etc. Pero si el delito en la complejidad de su **iter criminis** ha exigido la participación o cooperación de varias personas, para atribuír a los partícipes o cómplices las calidades especiales que el Código ha establecido para ser agente de una determinada infracción, necesario es recurrir a las disposiciones de carácter general contempladas en la misma ley penal para resolver el problema. Y además de estas disposiciones, precisa tener en cuenta los preceptos de orden constitucional en los cuales se afianzan aquéllas.

Así las cosas, se tiene:

Por mandato del artículo 20 de la C. N. "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas".

A su turno el artículo 21 ibídem, para el "caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona", que puede ser **natural** o **moral**, previene que "el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecute", lo que equivale a consagrar, salvo la excepción prevista en el inciso 2º de la disposición, el vínculo de responsabilidad entre el **mandante** y el **mandatario**, para todos los efectos de la ley.

El texto aludido da fundamento constitucional al ordinal 2º del artículo 25 del C. P., que hace justo el hecho cometido "por disposición de ley u **orden obligatoria de autoridad competente**".

Cuando no puede invocarse la obligatoriedad de la orden superior, para radicar exclusivamente la responsabilidad en el **mandante**, si el hecho ejecutado constituye delito, claros principios directivos, expresamente contemplados en el Código Penal y que son fiel trasunto de la orientación científica que lo inspira, llevan necesariamente a aplicar las disposiciones atinentes a la **participación criminal**, a la **complicidad** y a la comunicabilidad de **circunstancias**.

En primer término, el artículo 19 del Código Penal contempla la responsabilidad de los copartícipes de un delito, que puede consistir en tomar "parte en la ejecución del hecho", en prestar "al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse". Aquí, la **coautoría** o la **cooperación** necesaria están en pie de igualdad con la **autoría**, propiamente dicha. En segundo lugar y en desarrollo de las teorías penales sobre el mandato criminal, la disposición asimila a **autor** del hecho a quien "determine a otro a cometerlo".

De suerte que, establecido un nexo entre varios partícipes de una determinada infracción, las notas o calidades que deben ser propias al sujeto activo de ella, no son necesarias para todos los que se comprometen en la empresa criminal, bien sea en calidad de copartícipes, de cómplices necesarios o de cómplices accesorios.

Elemento material del peculado. En su aspecto material u objetivo, el delito cuestionado se refiere a caudales u otros efectos, que pueden ser, y de ordinario lo son, de carácter oficial. Pero como la disposición penal al respecto es en extremo amplia y comprensiva, la acción del peculado puede recaer sobre caudales o bienes no oficiales, que por una razón u otra, el funcionario está encargado de administrar o guardar.

Dolo. El peculado, en principio, puede ser intencional o culposo. Como lo estructura la disposición a que se viene haciendo referencia, es por su naturaleza un hecho doloso, puesto que se trata, o de una **apropiación** en provecho del agente o de un tercero, o de un **uso indebido,** actividad esta última que comporta también el ánimo de aprovechamiento y consecuencialmente un daño a la administración pública.

Peculado **culposo** hay, de conformidad con el artículo 154 del Código Penal sólo para los casos en que el funcionario que "no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos" (artículo 12 del C. P. da "lugar a que se extravíen o pierdan los caudales o efectos que tuviere bajo su custodia". Está, pues, circunscrita la **culpa** en el peculado al **extravío** o **pérdida,** eventos que ninguna relación guardan con las acciones positivas de **apropiación** o **uso indebido.** Ahora bien, **extraviar** tiene estas acepciones, para lo pertinente: "Poner una cosa en otro lugar que el que debía ocupar". "No encontrarse una cosa en su sitio e ignorarse su paradero". "Perder es "Dejar de tener uno una cosa que poseía con utilidad, provecho o gusto, o que era necesaria para un fin, por culpa o descuido del poseedor, o por contingencia o desgracia".

Se han hecho estas ligeras observaciones en relación con los elementos constitutivos del delito de peculado y sobre las modalidades que puede revestir para poder, más adelante, apreciar en su debido mérito los argumentos centrales del señor apoderado, quien, dicho sea de paso, hace la defensa de su representado recurriendo a toda suerte de argumentos y de hipótesis, sin concierto alguno y en veces contradictorios.

SEGUNDA. — Idoneidad del procesado para ser sujeto activo del delito de peculado.

Consta en los autos, según los elementos probatorios ya analizados que el señor García Sánchez desempeñó el cargo de Gobernador del Departamento de Córdoba entre los años de 1953 y y 1957 (las fechas ya se indicaron), lapso durante el cual se llevaron a término las obras en la finca "San Antonio", de propiedad del entonces Presidente de la República y de su esposa.

De acuerdo con la Constitución Política de Colombia, "El territorio nacional se divide en Departamentos, Intendencias y Comisarías; aquéllos y éstas en municipios o distritos municipales" (artículo 5º). "En cada uno de los Departamentos habrá un Gobernador, que será a un mismo tiempo agente del Gobierno y Jefe de la Administración Seccional" (Artículo 181).

Como cuerpo administrativo cada Departamento tiene una Asamblea, cuya función primordial es votar "anualmente el presupuesto de rentas y gastos", al cual debe conformarse la acción del ejecutivo departamental Cuando en virtud de disposiciones extraordinarias, tomadas con ocasión y pretexto del estado de sitio, desaparecieron transitoriamente esas corporaciones, fueron sustituídas por los llamados Consejos Administrativos, y la función dicha quedó encomendada a éstos.

El Gobernador, como Jefe de la Administración Seccional, tiene fijadas sus funciones, de manera general, por el artículo 194 de la Carta. Es la principal: "Dirigir la acción administrativa, en el Departamento, nombrando y separando sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos, y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración".

"Los Gobernadores estarán sujetos a responsabilidad administrativa y judicial. Son amovibles por el Gobierno y responsables ante la Corte Suprema de Justicia por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones" (Art. 126, C. de R. P. y M.).

Siendo los Gobernadores Jefes de la Administración Seccional, no pueden considerarse ajenos a un concepto de responsabilidad, más si se trata de hechos que lesionan, precisamente, la **administración pública,** y máxime, también, si en la comisión de esos hechos no es que omitan la atribución señalada bajo el número 33 del artículo 127 ibídem, sino que, por el contrario, activamente y en función administrativa y ordenadora toman disposiciones indebidas en relación con los caudales y efectos oficiales.

Ahora bien: es claro que en estricto sentido técnico los Gobernadores, como los alcaldes, no son empleados de manejo. Es decir, a ellos no se les confían físicamente los caudales y efectos ofi-

ciales, cuestión que es propia a funcionarios dependientes del Jefe de la Administración y que, para responder de sus actos, están obligados a prestar fianza.

Por las razones de índole puramente penal que antes se expusieron y por la naturaleza misma de las funciones que un Gobernador de Departamento tiene, de acuerdo con la Constitución y la ley, resulta obvio que sí es apto o idóneo para incurrir en delito de peculado.

En este aspecto, el señor apoderado, doctor Fernando Londoño y Londoño, en los muchos y muy extensos alegatos que ha presentado en defensa del señor García Sánchez, de una manera enfática, reiterada y tenaz, sostiene que un gobernador de departamento no puede ser agente del delito de peculado, y a sus argumentos que son prolijos agrega el criterio de autoridad trayendo a los autos el concepto por él solicitado al doctor Francisco de Paula Pérez:

Su argumentación, entresacada de sus memoriales principales, la desenvuelve así:

"No quiso, nó, el gobernante que expidió el decreto legislativo, que todo lo que se llamase peculado se gobernase por la disposición del artículo 151, ampliada, reforzada y agravada por el texto del artículo 3º del decreto citado. Salta a la vista que la redacción del artículo 151, es perfectamente correcta, ideológica y gramaticalmente, al paso que el dicho artículo 3º del decreto adolece de deplorables errores. El Código se refiere en términos generales, y ello es suficiente, al uso indebido de caudales públicos por parte del funcionario público que en razón de sus funciones los recaude o administre. El artículo 3º se inicia con la deplorable tautología de "apropiarse en provecho propio" pleonástica y disparatada. Cuando se dice apropiarse, sobran naturalmente el provecho y el propio que son dos ideas radicalmente asociadas a la apropiación. El concepto de apropiarse en provecho de un tercero no es menos necio, porque repugna gramaticalmente y no puede configurarse ni siquiera por hipótesis. No valga la idea pueril de que alguien se apropia para luégo regalar lo apropiado, o para prestarlo o darlo a otro a cualquier título precario. Porque lo que vale e importa es la apropiación de los fondos públicos sin que importe para nada lo que luégo se haga con ellos. Luego, cuando el Código se limita sobriamente a hablar de los funcionarios públicos que por razón de sus funciones están encargados de recaudar o administrar, el artículo 3º dice, recaudar, **pagar**, administrar o **guardar**. Los conceptos añadidos de pagar y guardar sobran ante la idea eminente de lo que es la administración y el servicio público. Porque a la verdad, para que el peculado sea posible, exige la doctrina general de los expositores que los bienes se tengan en posesión material o que se administren con facultad dispositiva. El recaudador los tiene materialmente y el administrador los posee por la facultad siempre actual de disposición.

"Coinciden sinembargo plenamente ambas disposiciones en lo esencial, que es la razón de la función específica de recaudar, pagar, administrar, o guardar, bienes o caudales públicos. Porque el que se apropia ilegítimamente de bienes o caudales públicos sin que tenga las funciones específicas de su recaudo, administración o guarda, comete otro delito pero no el de peculado, que es en esencia una violación de la confianza pública por el funcionario a quien se confían específicamente los tesoros de la comunidad.

"No queda ninguna duda de que los secretarios de la gobernación de Córdoba dado su régimen fiscal y aún las regulaciones administrativas de carácter general, eran administradores de los bienes departamentales puestos a su cuidado por su capacidad de disposición a título de funcionarios **ordenadores** de gastos. Si bien no tenían la posesión material o la tenencia de los caudales, la facultad de disposición los sitúa en la posición de administradores capaces de cumplir por un desvío moral el delito de peculado. Sinembargo, no tratándose de apropiación, o como dijera el decreto de "apropiación en provecho propio", sino de distracción hacia otros fines, la doctrina penal uniforme exige para la imputabilidad penal del acto no ya el simple dolo genérico sino el dolo específico que **debe ser probado.** "La imputabilidad —dice Maggiore— es a título de dolo, el cual al tratarse de **apropiación,** es genérico. Pero en la hipótesis del peculado por **distracción,** es menester el **dolo específico** que consiste en el fin del provecho propio o ajeno. Este fin y por consiguiente el dolo, no está **in re ipsa** (en el hecho mismo): DEBE SER PROBADO". - (Guiseppe Maggiore, Derecho Penal. Vol. III, págs. 173 y 174).

"Se necesita pues el dolo específico y su prueba para que en el peculado por distracción resulte una imputación valedera. La prueba debe versar además sobre el provecho personal o ajeno, pero claramente sobre la intención delictual específica. Ese sería el caso de los secretarios para poder imputarles siquiera el ilícito administrativo de

que habla el artículo 150 del Código Penal. EL GOBERNADOR. El Gobernador, es entre nosotros agente seccional del Gobierno y jefe de la administración departamental. Pero entiéndase bien que el gobernador **administra el departamento,** pero no **administra los bienes del departamento.** Esta función de administrar los bienes del departamento le está confiada por la Constitución a las asambleas departamentales y específicamente por el Código de Régimen Político y Municipal en el numeral 9º del artículo 97 que dice: 'Son funciones de las Asambleas... 9ª La administración de los bienes del departamento y la fiscalización de las rentas y gastos de los distritos, de acuerdo con la constitución y las leyes' ".

"El Gobernador del departamento no administra pues los bienes del departamento ni en cuanto a la potestad eminente que sobre ellos tiene la Asamblea ni en cuanto a la facultad dispositiva que tienen las oficinas ordenadoras. Simple ejecutor de las leyes y ordenanzas, jefe general de la ejecución del presupuesto, no ordena gastos, ni recauda caudales, ni maneja tesoro alguno de la comunidad. El gobernador no puede pues, cometer el delito de peculado por faltarle la calidad de funcionario que recauda, administra, paga o guarda los caudales públicos. Puede desde luego cometer innumerables otros delitos, desde el hurto hasta el robo, pero nó el de peculado que está adscrito a quienes tienen funciones específicas de confianza sobre los caudales.

"Si el gobernador, por medio de decreto dispone el cambio de destinación de los fondos públicos en la forma prevista por el artículo 150 y su decreto es ilegal, puede anularse por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero si se cumple, apenas puede acarrearle la nota de mala conducta general a que se refiere la Constitución cuando establece para los gobernadores juicios de responsabilidad ante la Corte por mal desempeño de sus funciones.

"El Código Fiscal de Córdoba reitera las nociones comunes en esta materia de la responsabilidad personal e intransmisible del funcionario pagador que paga cuentas que no estén debidamente legalizadas, con los requisitos gubernamentales y de contraloría, sin que le valga para excusarlo la orden superior. Por ello bien podría decirse que ni siquiera las secretarías como oficinas ordenadoras pueden cometer el delito de peculado, por cuanto la distracción de fondos no es posible sino como acto personal del pagador mismo con la cooperación del funcionario de control previo".

De los conceptos rendidos a instancias del señor apoderado por conntados juristas, que en ningún momento y por circunstancia alguna han tenido acceso al expediente y en los que simplemente absuelven cuestiones formuladas por el doctor Londoño, no sobra transcribir algunos apartes:

Conceptúa el doctor Francisco de Paula Pérez:

"De acuerdo con la organización constitucional que rige en el país los Gobernadores de los Departamentos son a un mismo tiempo agentes del Gobierno Nacional y Jefes de la Administración Seccional. En el orden político cumplen todas las funciones inherentes a la calidad de Agentes del Presidente de la República y en el campo administrativo actúan como jefes superiores de la Administración Departamental y ejercen la personería de los Departamentos, a los cuales representan en los asuntos contractuales y judiciales.

"Los Gobernadores gozan de facultades y atribuciones de origen diverso, pues unas provienen de la Constitución, otras de las leyes y algunas de las ordenanzas.

"De acuerdo con disposición constitucional los funcionarios públicos son responsables por infracción de la Carta y de las leyes y además por extralimitación de funciones u omisión en el ejercicio de ellas (Art. 20 Codificación Constitucional vigente).

"En virtud de la norma mencionada el funcionario público no sólo es responsable por infracción de la Constitución y de las leyes sino también por extralimitación de funciones y omisión en el ejercicio de las mismas. El particular puede hacer lo que las leyes no prohiban; el funcionario público sólo puede hacer aquello para lo cual tenga autorización en la Constitución, las leyes, las ordenanzas o los acuerdos municipales.

"A los Gobernadores de acuerdo con el Ordinal 2º del artículo 194 de la Constitución Nacional, les corresponde dirigir la acción administrativa en el Departamento, nombrando y separando sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos y dictando las providencias necesarias en todo los ramos de la Administración. Como consecuencia tienen la suprema vigilancia y dirección en los asuntos departamentales, pero no les corresponde en forma alguna recaudar los fondos públicos, ni pagar con ellos, aun cuando en calidad de administradores les compete ordenar bajo su firma y comprometiendo su responsabilidad, de-

terminados gastos, de conformidad con lo que las respectivas Ordenanzas dispongan al respecto.

"Si los Gobernadores fueran, en alguna forma, empleados de manejo tendrían que prestar fianza y estarían sometidos a determinados controles, lo cual no ocurre ni podría ocurrir por no exigirlo ni la constitución, ni las leyes ni las ordenanzas. En el orden departamental se hallan en idéntica situación al Presidente de la República respecto de los asuntos nacionales, aun cuando en este último caso el ordenador de los gastos es el respectivo Ministro.

"En consecuencia el Gobernador de un Departamento ni recauda, ni administra los fondos públicos departamentales, ni paga con ellos, pues estas funciones les corresponden a recaudadores, tesoreros, pagadores y otros empleados de manejo.

"El ordinal 33 del artículo 127 del Código de Régimen Político y Municipal atribuye a los Gobernadores la responsabilidad de 'cuidar de que las rentas sean recaudadas con acuciosidad y esmero, y que se les dé el destino señalado en las leyes, acuerdos y disposiciones del Gobierno', lo cual no significa que aquellos funcionarios sean empleados de manejo, sino que es solamente una consecuencia o desarrollo de la atribución general de los mismos de **dirigir la acción administrativa** en el Departamento".

Por su parte el doctor José Antonio Montalvo expresa:

"El Libro Segundo del Código trata, en su Título III, de los delitos contra la Administración Pública. Y parece que la consulta enfoca directamente al capítulo primero, 'Del peculado'.

"He tenido, sinembargo, el cuidado de revisar otros capítulos de ese mismo Título, por ejemplo el 4º, que trata de las 'negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas' y el 6º, 'De los Abusos de Autoridad'. Y también el 'decreto extraordinario 1.858 de 1951'.

"La legislación penal desde el tiempo de los romanos denominó **peculado,** o 'robo de los bienes del Estado', el manejo fraudulento de los fondos del erario por parte de los funcionarios públicos a quienes se halla confiada la guarda de aquellos.

"En nuestro Código Penal que rigió durante un siglo (1836-1938), se tituló 'extravío, usurpación, malversación o mala administración de los caudales y efectos de la Hacienda Nacional'. (Capítulo 1. del Título Noveno, 'Delitos contra la Hacienda Pública'), el delito de los empleados de manejo 'que hicieren uso de los caudales o efectos para objetos privados', con una escala de penalidad correspondiente a la menor o mayor demora en 'reponer' lo sustraído, y con la sanción más rigurosa para el caso de absoluta falta de reintegro.

"También se contemplaba en aquel viejo estatuto como punible la aplicación de los fondos "a otros usos públicos, pero diferentes de aquellos a que están destinados por la ley los caudales o efectos' (Artículo 461 del Código Penal de 1890).

"Quizá con la mira de evitar el casuismo de la antigua ley penal, el Código que entró a regir el año de 1938 concretó el delito de peculado a tres situaciones o hechos:

'a) El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados' (Artículo 150 del Código Penal);

"b) El funcionario público que en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar (artículo 151 del Código Penal); y

"c) "El funcionario o empleado público que por culpa diere lugar a que se extravíen o pierdan los caudales o efectos que tuviere bajo su custodia...'". (Artículo 154 del Código Penal).

"En todos los tres casos se habla del funcionario que administra o que tiene bajo su custodia los caudales, fondos o efectos. Ha persistido pues, en la ley penal el concepto de que el sujeto activo del delito de peculado tiene que ser un funcionario 'de manejo'.

"Los expositores de derecho Penal y la Jurisprudencia no sólo de Colombia sino de todas partes están acordes en este punto; como también en que el peculado es un delito especial, que no se cataloga entre los delitos contra la propiedad sino en las infracciones contra 'la cosa pública' como decían antes las legislaciones, o 'contra la Administración Pública' como se dice en la actualidad.

"Talvez considerando que había lenidad en las penas señaladas por el Código para el delito de peculado, el Gobierno, acogiéndose a las facultades extraordinarias del estado de sitio, dictó el Decreto 1.858 de 1951 que eleva considerablemente la penalidad para los responsables de este delito, ampliando además el radio de hechos comprendidos en la especie peculado.

"El Código hablaba de 'aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados' (los fondos públicos), artículo 150; y de 'uso indebido de los caudales u otros objetos', artículo 151.

"El Decreto 1.858 estableció una penalidad más severa para el funcionario o empleado público 'que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar'; e hizo extensivo este delito al hecho del 'empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado', innovación exótica porque confunde un delito contra la Administración Pública, cual es el peculado, con un delito contra la propiedad. Pero dejó en pie el principio de que sujeto activo del delito de peculado sólo puede serlo el empleado de manejo.

"Es preciso tener, pues, en cuenta ante todo que este delito supone en quien lo ejecuta la calidad de funcionario público que 'administra' caudales o efectos de la Nación o del Departamento; o que 'por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar' (Artículos 150 y 151 del Código Penal). El Ministro o el Gobernador no son propiamente 'empleados de manejo' aun cuando les toque ordenar gastos.

"Como el cuestionario que se me ha pedido contestar se refiere repetidas veces a un Gobernador de Departamento, y éste no es 'funcionario de manejo', creo que el hecho imputable a dicho Gobernador podría quedar comprendido —si fuere el caso— en él de cualquiera otra casilla del Código Penal, no en el capítulo que establece las sanciones para los empleados infieles en el manejo de caudales públicos que administren o que estén bajo su custodia.

"NEGOCIOS INDEBIDOS DE FUNCIONARIOS PUBLICOS

"El antiguo Código Penal Colombiano preveía, más acertada y concretamente que la ley penal hoy vigente, el indebido aprovechamiento de posiciones oficiales. Pero como la interpretación y aplicación del Código de las sanciones no pueden hacerse por extensión o analogía, resulta que un hecho u omisión no contemplados específicamente en el Código, escapan a la acción de la ley penal. El delito de peculado contempla exclusivamente el uso indebido de los caudales públicos por parte del funcionario encargado del manejo de los mismos, o 'una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados' dichos caudales (disposiciones del Código Penal arriba citadas).

"Ahora: si la responsabilidad debe enfocarse no a 'aplicación oficial (de caudales o efectos) diferente de aquella a que están destinados', sino que se trata de 'negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas', no se trataría del delito de peculado sino del previsto y sancionado por el artículo 167 del Código Penal, caso en el cual la pena debe aplicarse no al funcionario subalterno que haya hecho la negociación, contrato u obra, sino al Superior directa o indirectamente interesado en ellos.

"No parece, por el texto del cuestionario a que estoy respondiendo, que al Gobernador se le impute el haberse apropiado fondos públicos; ni que se trate tampoco de dilucidar la responsabilidad del Administrador de Hacienda, Cajero o Tesorero a quien pudo tocarle hacer el suministro de fondos públicos para obra no decretada legalmente.

"Se colije más bien que las obras públicas en mención se hacían para beneficiar con ellas a personaje del alto gobierno, superior de los funcionarios arriba mencionados.

"Y en esa hipótesis, si el funcionario departamental, gobernador, tesorero, etc., no tuvo ánimo de lucro personal, tampoco existe el delito estructurado por el decreto 1.858 de 1951, ni siquiera el delito descrito por el artículo 151 del Código Penal. Cuando mucho podría colocarse el caso —para el Gobernador u otro funcionario inferior, dentro del artículo 150 del Código, y eso— si fue él quien ordenó los gastos al funcionario de manejo, artículo cuyo texto dice:

"El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, incurrirá en interdicción para ejercer empleo o cargo público, de uno a seis meses.

"Si de ello resultare algún daño o perjuicio, se impondrá además una multa de diez a quinientos pesos".

"Creo que si un funcionario, pretextando la ejecución de una obra pública, procede en realidad con ánimo de lucro o aprovechamiento indebido, esa conducta y la sanción penal correspondiente se encuentran más bien previstas en el artículo 167 del Código Penal, correspondiente al Capítulo intitulado 'Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funcionario público', disposición legal que dice así:

"El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que directa o indirectamente se interese en provecho propio en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su

cargo, incurrirá en interdicción perpetua de derechos y funciones públicas y en multa de ciento a tres mil pesos".

"Como se ve, no es el ingeniero, ni el arquitecto, ni el pagador, ni el funcionario que vigila o impulsa la obra quien resulta incriminado según la disposición penal que acabo de transcribir; sino el funcionario 'que directa o indirectamente se interese en provecho propio...' en la negociación u operación.

"La sanción señalada para esa conducta parece demasiado benigna. Pero sería la aplicable.

"Aun cuando el interrogatorio no lo menciona, me parece que para apreciar jurídica y penalmente el hecho de la ejecución de obras que no estén debidamente decretadas por ley o por Ordenanza, es necesario tener en cuenta si el hecho ha ocurrido en tiempo de normalidad institucional o, por el contrario, hallándose turbado el orden público y, más aún, estando sometida la nación a un régimen dictatorial.

"La apropiación fraudulenta de bienes, fondos o caudales públicos, o el indebido uso de ellos en beneficio del que los maneja o de un tercero, será siempre un delito punible, haya o nó estado de sitio o dictadura.

"Pero como dentro de las varias formas del delito de peculado la ley ha establecido una modalidad consistente en que a los fondos públicos les dé el funcionario de manejo 'una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados', (como dice el artículo 150 del Código Penal), en esta especie particular de peculado sí tiene influjo la circunstancia del estado de sitio o de régimen de dictadura la cual empieza siempre por prescindir o impedir la reunión de las Corporaciones elegidas por el pueblo. Sin Congreso no hay ley; y sin Asamblea Departamental no hay Ordenanza. Pero la Administración no se paraliza y, antes bien, el régimen dictatorial (no en Colombia sino en todas partes), suele desarrollar en grande escala las obras públicas para acallar con el progreso material el clamor contra la pérdida de las libertades.

"Resulta entonces que la responsabilidad por 'aplicación' de fondos a obras no decretadas por ley o por Ordenanza, debe exigirse no al subalterno que maneja los fondos o dirige o inspecciona las obras, sino a quien ha asumido omnímodos poderes como dictador o ha abusado de las facultades extraordinarias que comporta el estado de sitio.

RESPONSABILIDAD PENAL POR ACTOS DE UN SUPERIOR O DE UN SUBALTERNO

"Saliendo del campo de lo abstracto plantea usted una hipótesis concreta:

"El Gobernador de un Departamento no ha ordenado la construcción de las obras, ni las ha autorizado, sino que han sido planeadas y construídas por la "Zona de Carreteras Nacionales" o por el Instituto de Crédito Territorial. Pero ocurre que los Secretarios de la Gobernación han apoyado, por propia iniciativa de ellos dichas obras, contribuyendo para ese fin con máquinas y jornales del Departamento.

"Dada esa situación pregunta usted:

"'Primero. Si el Gobernador ignora esas actividades incurre, no obstante, en responsabilidad administrativa o responsabilidad penal, dada su condición de Jefe de la Administración Departamental y por concepto de **negligencia culposa?'**.

"**CONTESTO**: En principio a los Gobernadores incumbe prestar su cooperación en los trabajos u obras públicas nacionales de su Departamento. En todo caso, sería anómalo que estorbaran o impidieran tales trabajos. Y no está en el ámbito de sus funciones calificar la legalidad o ilegalidad de la conducta del Gobierno Nacional.

"La responsabilidad penal es personalísima y presupone o bien la intención maliciosa en caso de dolo, o bien la imprudencia y la imprevisión del resultado dañoso producido por una acción de suyo inocente, en caso de culpa.

"Me parece que los hechos planteados, y la pregunta misma, excluyen el dolo, no hubo intención dañina y maliciosa.

"En cuanto a la culpa, tampoco encuentro configurados los elementos de ella en la cuestión propuesta. No se trata de acción imprudente o en la cual el agente, sin proponerse causar daño, lo previó y, sin embargo obró confiado imprudentemente en poder evitarlo. No hubo, pues, culpa.

"Creo que en casos como el que se propone en la pregunta no se trata propiamente de culpa y más bien podría tratarse de omisión en el ejercicio de funciones.

"Pero en este camino también desaparece la responsabilidad penal dada la circunstancia de que el Gobernador ignorabá las actividades que desarrollaran sus Secretarios. Si hubo simplemente error de hecho o ignorancia por parte del Gobernador acerca de ciertas actividades de sus Secretarios, esta ignorancia podría atribuírse ya a la confianza que el Gobernador tuviera en sus

inmediatos subalternos; ya a falta de malicia o perspicacia; ya, por último, a una especie de indolencia o descuido. Pero no tratándose de ignorancia **afectada**, o sea, aquella que el Gobernador se hubiera propuesto tener, la ignorancia no voluntaria exime al Gobernador —puesto que se trata de ingorancia acerca de los hechos— lo exime, digo, de responsabilidad penal y aun administrativa.

"Segundo. Si el Gobernador sabe las actividades de sus Secretarios ,pero no las ordena, ni las autoriza, ni las aconseja; y tampoco las impide 'es por eso cómplice de una responsabilidad administrativa o de un delito contra la administración?' ".

"Es obvio que para contestar esta pregunta se requiere ante todo definir el punto de si las 'actividades' de los Secretarios del Gobernador eran de tal naturaleza que les acarrearan responsabilidad penal o responsabilidad administrativa.

"Desde luego, si aquellas actividades son delictuosas y el Gobernador no las impide, a pesar de conocerlas, alguna responsabilidad podría atribuírsele. Pero si la conducta de los Secretarios, no eran delictuosa, al gobernador no le incumbiría responsabilidad por el hecho de sus subalternos.

"Al contestar el punto segundo de la cuestión señalada con la letra b); y los puntos primero y segundo de la cuestión señalada con la letra c), dije que en mi concepto no puede imputarse responsabilidad penal a un Gobernador que autoriza la ejecución de obras públicas u obras de servicio público por el solo hecho de que la ejecución de tales obras no haya sido imperativamente dispuesta (por Ordenanza o Decreto legalmente expedido).

"Entonces, si no hay responsabilidad penal a cargo del Gobernador por hechos que él mismo haya ordenado o ejecutado, mucho menos puede haberla si tales hechos han sido ejecutados por sus Secretarios. Y menos aún si al Gobernador se le trata de inculpar apenas por **no haber impedido tales actividades**.

"Segundo. La inversión de fondos públicos en determinada obra pública podrá a veces originar responsabilidad 'de tipo político o administrativo' a cargo del funcionario ordenador, si la obra se acomete **contra** ley u Ordenanza; menos probable es que se dé el caso de tal responsabilidad por haber procedido el **funcionario sin** ley u Ordenanza que decrete la obra. Y sólo remotamente podrá configurar ese hecho una responsabilidad penal".

La erudición de que hace gala el señor apoderado, la densidad jurídica de los conceptos con que quiere respaldar sus tesis y las conclusiones a que llega en sus alegatos son para la Sala muy dignas de respeto, pero no puede compartir sus puntos de vista por no acomodarse a las disposiciones de la ley penal colombiana, cuyo examen, para determinar las condiciones de tipicidad del agente de peculado, ya fue hecho.

Son atinentes ,con relación al mismo punto de que se trata y ya en concreto sobre la situación jurídica del procesado García Sánchez, estas observaciones:

a) El señor García Sánchez actuó en su calidad de Gobernador del Departamento de Córdoba, es decir, en su carácter oficial, con conocimiento pleno de las obras ordenadas para la finca de "San Antonio". Lo demuestra, en primer término, el decreto por él dictado autorizando el contrato sobre construcción de las casetas y plataforma de espera en el aeródromo particular de dicha hacienda, y el haber dado, con su acto administrativo, una aplicación no prevista en el presupuesto a una partida que estaba destinada expresamente "para pagar salarios al personal de obreros que presta sus servicios en la reparación de caminos y vías de penetración" (artículo 97, Cap. 44. Presupuesto de 1956); en segundo lugar, el haber procedido así, a sabiendas de que no era una obra pública, y en tercero, porque tenía conocimiento de que lo que iba a hacerse con fondos del Departamento era una simple iniciativa privada, particular del entonces Presidente de la República.

b) Al proceder, como procedió, el señor García Sánchez, sin necesidad de ser empleado de manejo, ni recaudador, dispuso de fondos del erario público en beneficio de un tercero, a sabiendas de la ilicitud de su acto, lo que apareja no sólo responsabilidad administrativa sino también penal.

c) Lo que se predica de esa acción concreta cabe también predicarlo para las demás aplicaciones indebidas de fondos y efectos oficiales. Su familiaridad en trato y relaciones con el señor Rojas Pinilla; sus habituales visitas de fin de semana a la hacienda 'San Antonio'; su particular cargo de administrador de esa finca, y su personal conocimiento de todos y cada uno de los proyectos del propietario del inmueble, necesariamente indican que estuvo al tanto de las obras

adelantadas por el Departamento, y que las auspició u ordenó. Igual cosa ocurre con el indebido uso del equipo y máquinas de propiedad del Departamento y con el suministro continuo de combustibles, lubricantes, repuestos, etc., que para la finca 'San Antonio' eran despachados, entre otras Casas Comerciales, por la firma García Hermanos.

TERCERA.—Concreción objetiva de cargos.

Ya la Sala en forma muy extensa, después de confrontar escrupulosamente todos los elementos de prueba que obran en la sumaria, hubo de referirse a los distintos cargos que le resultan al señor García Sánchez por motivo de las obras construídas o adelantadas en la finca 'San Antonio'. Aunque se trató de cosas disímiles y de inversiones en veces sólo parciales, su concreción viene a integrar, por lo que al señor ex-Gobernador de Córdoba se refiere, un delito de **peculado continuado**, por obedecer su conducta a un mismo designio e incidir sus repetidas violaciones de la ley penal en una sola disposición.

Peculado cuyo proceso ejecutivo y de consumación se prolongó durante el tiempo de su mandato gubernamental afectando el presupuesto de esa sección del país en forma sucesiva y a través de distintas dependencias oficiales, como las Secretarías de Obras Públicas y Agricultura, o haciendo uso indebido de partidas presupuestales propias a la rama de Gobierno, bajo el imposible amparo del Decreto número 03523 de 1949.

El primer cargo, vale decir, la inversión de una apreciable suma en la construcción de las casetas y plataforma de espera en el aeropuerto de 'San Antonio', que incluso fueron demolidas por orden caprichosa pero perentoria del señor Rojas Pinilla, no sólo está plenamente probado en los autos, sino que de bulto surge su ilicitud. La obra del aeropuerto no había sido decretada por entidad alguna competente; el presupuesto de Córdoba no había asignado partida alguna para ese fin, y, la pista de aterrizaje existente en San Antonio era de propiedad particular.

No vale argüír que era una **obra pública** y que como tal fue hecha con fondos del erario departamental, pues una simple afirmación hecha por el ex-funcionario comprometido no es válida para alterar o modificar situaciones jurídicas concretas.

La posibilidad remota de poder el Departamento de Córdoba incorporar a su patrimonio no sólo las casetas sino el mismo aeródromo no es argumento valedero para demostrar el carácter público de la obra, pues ni siquiera se está frente al caso contemplado en el inciso 2º del artículo 739 del C. C., ya que no se edificó "a ciencia y paciencia del dueño del terreno", sino que las obras allí construídas lo fueron por voluntad manifiesta del dueño que, a fuer de ser Jefe del Estado, creía tener derecho a toda suerte de beneficios.

Una obra pública, en general, está sometida a trámites precisamente establecidos por la ley. Y tratándose de aeródromos, las exigencias son mayores como que hay un derecho reglamentario especial cuyas normas no pueden eludirse.

El segundo cargo, estrechamente vinculado al primero, por tratarse de aplicación de fondos oficiales a la construcción o ampliación del aeródromo, se ha querido y pretendido justificar con los mismos argumentos, o, en subsidio alegando que era para el servicio público o una obra de servicio público. Este concepto nada tiene que ver con el traído y llevado de **obra pública**, pues lo que le da ese carácter no es la participación estatal, la inversión de fondos oficiales, sino su propia naturaleza, su objeto y el mandato de la ley, que da la calidad de **públicos** a todos los servicios que por ser esenciales a la sociedad, como el transporte, las comunicaciones, alumbrado, etc., quedan sometidos a un régimen jurídico, a un ordenamiento, diferente al que es propio a la actividad privada.

Y ni siquiera la función natural de servicio público cumplió el aeródromo de 'San Antonio', como que sólo unos pocos viajes particulares realizó en el curso de un año la empresa "Aerotaxi".

Tampoco alivia la situación procesal del sindicado la oferta por él hecha, después del 10 de mayo de 1957, a la Empresa Colombiana de Aeródromos, de hacerle entrega real y material de esa obra, a nombre de su propietario, señor Gustavo Rojas Pinilla, oferta no aceptada, según consta en los autos. Esa oferta, precisamente, pone más en claro que el Departamento de Córdoba no financió el aeródromo, al menos parcialmente, como cosa propia y **pública**, ya que aparece haciendo el ofrecimiento es a nombre del señor Rojas Pinilla, dueño de la finca 'San Antonio'.

El cargo en relación con el establo no cabe disimularlo, así se hagan los mejores esfuerzos dialécticos para atribuírle el carácter de **obra pública** o asignarle finalidades estratégicas. Se hizo para la finca 'San Antonio' y su beneficio era necesariamente para su dueño.

Los cargos restantes confluyen todos en la indebida aplicación de fondos departamentales para atender al pago de jornales y materiales, combustibles, repuestos de máquinas; al empleo del equipo mecánico de propiedad del Departamento, y a la colaboración prestada por esos mismos medios en obras bien privadas, como la construcción de una piscina.

Estas últimas operaciones, que fuertemente gravaron el patrimonio del Departamento de Córdoba, también tipifican con igual claridad el delito de peculado, y se llevaron a término con conocimiento del señor Gobernador, con su consentimiento, tácito o expreso, y empleando partidas presupuestales que tenían una bien distinta destinación.

No llega a entender la Sala qué alcance puede tener en cuanto al cargo derivado por el indebido uso de maquinaria oficial, el hecho de que el equipo que operó en 'San Antonio' hubiera sido adquirido con mucha anterioridad a su empleo en esas obras particulares, o que fuera relativamente más nuevo cuando se utilizó. En buenas o en regulares condiciones, cualquiera fuera su desgaste o depreciación, ese equipo, cuyo destino era atender a la construcción y sostenimiento de carreteras a cargo de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, operó en la propiedad de que se trata y para accionarlo, oficialmente tuvieron que cubrir jornales, adquirir repuestos y combustibles.

CUARTA.—TESIS DE FONDO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luégo de un prolijo estudio del proceso en relación con los hechos y las pruebas que los establecen, fija el criterio jurídico del Ministerio Público sobre el delito imputado al señor García Sánchez y concluye solicitando auto de vocación a juicio por **peculado**, por estar, en su opinión, reunidos los presupuestos del artículo 429 del C. de P. P.

Dice el señor Procurador:

Décimotercero. — La calificación jurídico-penal de los hechos de autos.

"Demostrado como ha sido en el capítulo inmediatamente anterior, que con dineros de propiedad del Departamento de Córdoba, no se realizó trabajo u obra pública alguna en la hacienda del General Gustavo Rojas Pinilla, corresponde ahora, como ya lo habíamos anunciado, estudiar los hechos de autos desde un punto de vista jurídico-penal, a fin de emitir nuestro parecer con relación a la clase de imputación penal que, por razón de esos mismos hechos, es dable deducirle al señor don Miguel A. García Sánchez.

"Para obrar con el debido método, es preciso que nos refiramos en orden sucesivo a las siguientes cuestiones: a la posición asumida por el señor García Sánchez frente al proceso, con ocasión de la declaración indagatoria rendida ante el investigador doctor Perico Ramírez, posición consistente en mostrarse como un Gobernador absolutamente ajeno y desconocedor de las actuaciones cumplidas por sus colaboradores inmediatos en las Secretarías de Obras Públicas y Agricultura y Ganadería, con respecto a las obras hechas en 'San Antonio'. A las pruebas que sirven para descartar esa fingida posición del poderdante del doctor Londoño y Londoño, precisamente por acreditar de manera fehaciente su activa intervención en la consumación del despilfarro de los fondos públicos de Córdoba, con el propósito cierto y determinado de beneficiar a un tercero; a la naturaleza de la participación criminosa que por los hechos de autos, es posible asignarle, en entender del Ministerio Público, al señor don Miguel A. García Sánchez, para que responda de ella durante el correspondiente juicio que la H Corte Suprema de Justicia llegare a abrir, en caso de estar de acuerdo con el suscrito Procurador Delegado. A la cuantía de la malversación de caudales públicos perpetrada; y, finalmente, a la necesidad de que se proceda a investigar otros delitos que se desprenden de los hechos a los cuales se contrae el proceso.

"a) Posición asumida por don Miguel A. García Sánchez frente al proceso.

"No obstante haber tenido ya la oportunidad de poner de manifiesto en el curso del presente concepto fiscal, la forma cómo el señor don Miguel A. García Sánchez se refiere a las distintas obras ejecutadas en 'San Antonio' y al empleo hecho de materiales y combustibles para los mismos fines (ver apartes 1) del punto quinto, g) del sexto, k) del séptimo, f) del octavo y j) del noveno), resulta oportuno traer a cuento y resumidamente, todo lo que atrás se apuntó, para tener derecho de calificar la actitud del señor García Sánchez, al rendir declaración sin juramento acerca de los hechos de autos, como sospechosa por más de un título y como circunstancia procesal que en vez de favorecerle, más bien le perjudica.

"El señor García Sánchez, cuando no manifiesta que el hecho por el cual se le pregunta lo ignora o no le consta, expresa entonces que no lo recuerda.

"En efecto, ni recuerda ni le consta aquello del contrato verbal celebrado entre el General Rojas Pinilla y el señor Julio Acosta Acosta sobre construcción de una caseta para el aeropuerto (ver aparte d) del punto quinto de esta Vista) y tampoco recuerda si esa obra de la caseta fue iniciada unos cuatro meses antes de 'legalizarse' el contrato celebrado por el Departamento y el mismo señor Acosta y relativo también a la edificación de una caseta para servicio del aeropuerto. Sin embargo, el señor Acosta sostiene que el señor García estaba presente cuando él celebró el cuestionado contrato verbal. El señor García Sánchez asevera que no se dio cuenta de la demolición efectuada de parte de la caseta inicialmente construída por el señor Acosta, a pesar de que de otro lado reconoce que con frecuencia visitaba la finca de 'San Antonio' cuando a ésto llegaba su dueño. Niega haber autorizado la cooperación del Departamento en los trabajos de adaptación de una pista de aterrizaje en los terrenos de la finca del General Rojas. Alega, por otra parte, que sus Secretarios, ni privada ni públicamente le enteraron de las órdenes dada por ellos para colaborar en las obras de 'San Antonio', y afirma que la colaboración prestada por el Secretario de Agricultura y Ganadería, doctor Vicente Escobar Méndez, en la construcción del establo, no le fue consultada. Sin embargo, el mencionado Secretario —como lo apuntamos en el aparte e) del punto sexto— habla de que el Gobernador García Sánchez había sido informado en un principio sobre la obra del establo, y añade, aludiendo a la misma obra y al mismo señor García Sánchez, que no le siguió informando plenamente del monto de la obra, de la cantidad de material gastado en ella y demás detalles de esta naturaleza, 'porque entre otras cosas suponía yo que él al visitar al señor General Rojas Pinilla allá en su 'finca de 'San Antonio' tenía que ver el desarrollo que iba de esa obra, y quizás si hubiera quedado mal alguna parte de su construcción entonces él posiblemente me hubiera llamado la atención, luego al no hacerlo me sentía yo autorizado para seguir la obra'. (Folio 122, cuadero 3º). No le fue consultada —repetimos— la obra del establo y no estuvo presente durante la entrevista celebrada por el Coronel Alvaro Calderón Rodríguez y el señor Agapito Laspriella con el General Rojas Pinilla, con motivo de la cual éste último exigió se le consiguieran unas estructuras metálicas. Sin embargo, sucede que así Laspriella como Calderón lo hacen figurar en tal entrevista. Sin embargo, es el propio García Sánchez quien solícito atiende inicialmente con su propio dinero al pago de las tres estructuras empleadas en el establo, como así lo atestigua el señor Hernando Benjumea, director-contador del Instituto de Crédito Territorial al folio 161 vuelto del cuaderno 1º. Ignora el hecho de haber dispuesto el Secretario de Obras señor Ignacio Martínez, que el ingeniero León Cifuentes fuera el Jefe de los trabajos de construcción del aeropuerto, y sobre esta misma cuestión, manifiesta que no recuerda haber recibido del mismo Cifuentes la carta que en copia obra al folio 142 del cuaderno 2º. Ignora o no supo que por la Secretaría de Obras Públicas de Córdoba se ordenó y pagó en algunos casos, el suministro de combustibles consumido por maquinarias del Departamento en la obra del campo aéreo. Sin embargo, se sabe y así se anota en el aparte c) del punto sexto, que en la construcción de dicho aeropuerto se utilizó un tractor de propiedad del señor García Sánchez, al cual se le suministraba gasolina o combustible oficial. Y se utilizó dicho tractor, a pesar de que no conoció ni supo —por lo menos es esto lo que afirma al folio 251 del cuaderno 3º, 'que en la finca de San Antonio se llevaban a efecto no obras en que el Departamento prestaba su colaboración por intermedio de algunos Despachos del mismo de la Gobernación'. Y no supo de esas obras, como lo explica al mismo folio acabado de citar, 'por estar ejecutándose por empleados nacionales y que por delicadeza no me tocaba preguntar por cuenta de quién se estaban haciendo'. En esto último ,sí que es inverosímil su dicho, como que dados sus términos, bien podría pensarse que en las obras del areopuerto no vio el señor García Sánchez un solo trabajador del Departamento.

"Por virtud del cúmulo de contradicciones en que incurre el señor Miguel A. García Sánchez con varios de los testigos que figuran en autos: por la inverosimilitud que es propia de algunas de sus explicaciones; por la falta de memoria de que hace gala durante el interrogatorio a que fue sometido por el instructor doctor Perico Ramírez: por revelar una total ignorancia de todo lo que se hacía en los despachos de las Secretarías de Obras Públicas y de Agricultura, ignorancia la cual no es posible aceptar como cierta o real,

siendo como era el Jefe de la Administración Departamental de Córdoba, el poderdante del doctor Fernando Londoño y Londoño, a pesar de que durante su indagatoria se le ofreció la oportunidad de dictar, leyendo de papeles que portaba consigo, muchas de sus respuestas, sale muy mal librado de la cuestionada prueba, y por lo mismo, es imposible calificar de sinceras y verídicas las razones que ofrece en su empeño de refutar los cargos que le aparecen en el informativo.

"b) De las pruebas que acreditan la activa intervención del señor Miguel A. García Sánchez en los hechos a que se refiere el proceso.

"Pero a más de las pruebas que en el aparte inmediatamente anterior, brevísimamente hemos repasado para justificar con ellas, de una parte, el rechazo que en nuestra opinión debe dársele a las afirmaciones hechas por el señor García Sánchez en su declaración instructiva, y evidenciar, de otro lado, por nueva ocasión en este concepto fiscal, la activa intervención del mismo señor García Sánchez en los despilfarros de dineros públicos que fueron aplicados a la construcción de las obras de la finca de 'San Antonio', se impone por una tercera vez traer a consecuencia o mejor dicho, recordar todo el acervo de probanzas especialmente relacionadas en los apartes a), b), c), d) y f) del punto quinto que antecede; b), c) y d) del sexto; a) y b) del octavo; y c) del noveno.

"Dichas pruebas nos sirven para indagar nuevamente por las actividades del señor don Miguel A. García Sánchez realizadas en pro del que fuera su mandante particular y se supone sea todavía su amigo, el General Gustavo Rojas Pinilla.

"Es así como encontramos a don Miguel, en primer lugar, patrocinando el contrato celebrado por el Secretario de Obras Públicas de Córdoba, señor Ignacio Martínez, a nombre del Departamento, y el señor Julio Acosta Acosta, en su propio nombre, como consecuencia de no haberle cumplido el General Rojas Pinilla al señor Acosta lo que le había prometido pagar, en forma verbal, como precio de la construcción de una caseta para servicio del aeropuerto del mismo General.

"Y patrocina ese contrato oficial de arrendamiento de servicios, en favor de los intereses de Rojas Pinilla, profiriendo el conocido decreto gubernamental de fecha 11 de septiembre de 1956, por medio del cual se autoriza la celebración de tal convenio. Y con ese decreto que expide y con la aprobación que más tarde obtiene del cuestionado contrato por parte del Consejo de Gobierno del Departamento, en el cual actúa como su Presidente, don Miguel A. García Sánchez da exacto cumplimiento a la promesa que le hiciera al señor Acosta y de que éste último habla al citado folio 24 del cuaderno 3º y la cual consistió en ofrecerle o asegurarle ,a raíz de la verificación del contrato verbal con el General Rojas, que eso se lo arreglarían a Acosta mediante un contrato con el Departamento de Córdoba **'y que él (García Sánchez) iba a ver de dónde se sacaba esa partida para pagarme tal valor....'** (El subrayado y lo escrito entre el paréntesis, son del suscrito).

"Es así también como encontramos a don Miguel entregándole al referido contratista, como éste mismo lo declara y aquél lo admite o reconoce, dineros de su propia bolsa, a buena cuenta del precio de construcción de la caseta acordado por medio del contrato celebrado por el Departamento, habiendo sucedido más tarde que Acosta le restituye a García Sánchez la suma recibida irregularmente como anticipo, al consignar en la cuenta de éste último el cheque que a su favor le girara el Departamento.

"E igualmente tenemos noticia, por boca del citado Inspector de equipos y maquinarias del Departamento, señor Enrique Fernando Sánchez Buelvas, que éste recibió orden verbal '.....para mandar las máquias del Departamento a trabajar en el campo de la finca de 'San Antonio'... precisamente al campo de aviación que allí se estaba construyendo...' (Folio 123, cuaderno 1º), no solamente de los Secretarios de Obras Públicas, señores Manolín Martínez, Ignacio Martínez y otro de nombre o apellido Ballen, sino que '...también recibía igual orden por parte de don MIGUEL GARCIA SANCHEZ, Gobernador del Departamento en ese tiempo, y en esos casos el señor Gobernador García hacía saber tales órdenes a su Secretario de Obras Públicas verbalmente, por mi conducto...' (Folio 124, ibídem).

"Por otro aspecto se sabe que al folio 227 vuelto del cuaderno 3º, cuenta el ingeniero León Cifuentes, que el señor García Sánchez le informó del paradero de una motoniveladora que andaba preguntando por encontrarse él Cifuentes, arreglando, '....un camino carreteable que conducía de la localidad de Cereté al acueducto de esa población, por la orilla del río.....', diciéndole García que posiblemente tal maquinaria '....la habían mandado a la finca de San Antonio a regar tierra, pues se le construía al señor Presidente Rojas Pinilla un aeropuerto en dicha finca...'

"Y de autos resulta a su turno que por una vez más encontramos a don Miguel, en ésta, diciéndole al señor Laspriella Estepa (a quien confirma en cierto modo el Secretario de Agricultura Escobar Méndez al citado folio 122 del cuaderno 3º y al 115 del mismo), después de que, según el mismo Laspriella, el General Rojas le manifestó: 'Eso háblese con Miguelito', dándole así a entender que por conducto de éste último se arreglaría el pago de las estructuras, que sobre tal pago ya tenía instrucciones suyas el referido Secretario Escobar Méndez (Folio 272 vuelto, cuaderno 3º).

"Por último, observamos con relación al hecho de haber sido pagados por el sistema de planillas, los obreros que trabajaron por cuenta del Departamento en la finca de 'San Antonio', que al paso que don Miguel A. García sostiene que ignora que el Secretario Escobar Méndez le hubiera dado orden, al Amacenista-Pagador de las Secretarías de Obras Públicas y de Agricultura, de pagar '.....determinados salarios para jornaleros que cumplían labores en las obras de San Antonio...' (Folio 252, cuaderno 3º), por otra parte sabemos que el señor Gobernador García Sánchez, en uso de sus facultades legales y teniendo en cuenta 'que la Secretaría de Agricultura y Ganadería para el desarrollo y cumplimiento de sus campañas agropecuarias, necesita de un personal de obreros transitorios', dispuso adscribir al Paga dor-Almacenista de Obras Públicas, señor Jerónimo Pardo, las funciones de Pagador de la Secretaría de Agricultura y Ganadería, 'para el pago de jornales por planilas, a los obreros transitorios de ésta dependencia'. (Folio 57, cuaderno 1º). Tal medida fue tomada mediante Resolución número 00123 de 10 de febrero de 1956, Ramo de Obras Públicas. Con todo lo cual resulta, por una vez mas, inscreíble la alegada ignorancia del señor García Sánchez con respecto a las cosas de su gobierno departamental, y probado que por este otro aspecto, contribuyó positivamente a que se invirtieran caudales públicos a fin de atender al pago de esos llamados 'obreros transitorios' que trabajaron en la finca del General Rojas Pinilla, en desarrollo de las campañas agropecuarias de que habla la referida resolución gubernamental, las cuales al parecer se redujeron a la construcción de un mero establo para ordeño, para beneficio del mismo Rojas Pinilla. (Folio 115 del cuaderno 3º).

"Lo extensamente razonado hasta aquí, con relación a la situación subjudice del señor don Miguel A. García Sánchez, nos lleva a concluír necesariamente, que al mismo señor García, en la condición que tuvo para la época de realización de los hechos de autos, bien puede deducírsele, en el grado que en próximo punto se analizará con arreglo a los preceptos del Código Penal, una auténtica responsabilidad penal por la dolosa pérdida de los caudales públicos departamentales de que se da cuenta en este voluminoso expediente.

"c) La clase de participación criminal que es posible asignarle al señor don MIGUEL A. GARCIA SANCHEZ.

"Conforme al Acto Legislativo número 2 de 1954 y al Decreto número 3.170 del 29 de octubre del mismo año —acto y decretos vigentes para la época en que se cometieron los hechos de que trata el proceso— se deduce, como lo hace ver la Comisión de Instrucción Criminal en su auto del folio 19 y siguientes del cuaderno 5º, que los Gobernadores de los Departamentos no solamente eran agentes del Gobierno y Jefes de la Administración Seccional, sino que, por habérseles otorgado voz y voto en los Consejos Administrativos Departamentales (artículo 5º del Acto), '....se les constituyó en miembros los más importantes de dichos Consejos Administrativos, y, por lo tanto, en partícipes de las funciones que la Constitución y las leyes atribuyen a las Asambleas Departamentales. Es decir..., se les hizo partícipes de la administración de los bienes de los departamentos' (Fl. 263, ibídem).

"Pero no simplemente en lo anterior estriban las consecuencias que se desprenden de las nuevas atribuciones de que pudieron hacer uso los Gobernadores, mientras aquel Acto y ese Decreto rigieron. Es que a los Gobernadores, por virtud del artículo 15 del mencionado Decreto número 3.170 dictado por el Gobierno Nacional en uso de la autorización conferida por el mismo Acto Legislativo en cita, a fin de reglamentar el funcionamiento de los Consejos Administrativos Departamentales y Municipales, se les confirió expresamente la facultad de elaborar el proyecto de presupuesto departamental de rentas y gastos, para someterlo a la consideración del respectivo Consejo, ocurriendo así que por cuenta de ellos corría no sólo la iniciativa de proponer el proyecto de presupuesto sino la inapreciable oportunidad de apoyar su aprobación por el Consejo Administrativo mediante el ejercicio de su derecho a votarlo, favorablemente como es de suponer.

"Y como si lo ya concedido fuera poco, el mismo Decreto, en su artículo 16, acabó, puede de-

cirse, con la antigua facultad de que gozaban las Asambleas cuando al votar el presupuesto —sin tener que soportar intervención alguna del Ejecutivo Departamental, por carecer éste de voto en el seno de ellas— estaban en capacidad de ejercer la debida fiscalización de los gastos y de las rentas departamentales, (ver ordinales 1º y 9º del artículo 97 del Código Político y Municipal), desde luego que dicho artículo 16 dispuso, entre otros tantos absurdos, que los Consejos Administrativos, los cuales sustituyeron a las Asambleas, no podían disminuír ni suprimir las partidas presupuestales por el Gobernador para atender las obligaciones contractuales del Departamento. Todo lo cual significa que el Gobernador, para aquellos tiempos de imperio del citado Acto Legislativo y de su decreto reglamentario, era el administrador por excelencia de los bienes departamentales, por disfrutar de la facultad de disponer a su soberano arbitrio de dichos bienes y de las rentas del mismo Departamento, sin que les fuera dable a los Consejos sentar siquiera su protesta u objetar las partidas propuestas por el Jefe de la Administración Seccional a objeto de atender al cumplimiento de aquellas obligaciones contractuales, así hubieran sido, como en el caso del contrato celebrado por el Departamento de Córdoba con el señor Julio Acosta Acosta en relación con la construcción de una caseta en el aeropuerto de la finca de 'San Antonio', indebidamente adquiridas y perjudiciales en sumo grado para los intereses del fisco.

"Siendo esto evidente por corresponder a una recta interpretación de los mandatos contenidos en los mencionados Acto Legislativo y Decreto reglamentario, y ocurriendo, de otro lado, que fue el señor García Sánchez quien prometió conseguir el dinero que sirviera para cubrir el precio no pagado por el General Rojas Pinilla al señor Julio Acosta, a pesar de haberlo ofrecido al celebrar verbalmente con éste un convenio relativo a la edificación de una caseta para el aeropuerto de 'San Antonio'; quien prometió tal cosa y la cumplió en su totalidad, expidiendo primero 'en uso de sus facultades legales' y de soberano administrador y disponedor de los bienes de Córdoba, el tantas veces mencionado Decreto número 00639 a virtud del cual autorizó al Secretario de Obras Públicas, a fin de que contratara a nombre del Departamento y en beneficio de un tercero, como se ha demostrado, la construcción de la mencionada caseta, y ocurriendo además que fue también el señor García Sánchez, en su desmedido e indebido afán de servir a su amigo el General Rojas Pinilla, quien desde un principio facilitó el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el señor Acosta al hacer a éste un anticipo de dinero de su propio peculio a buena cuenta de ese precio, para que después le fuera devuelto su dinero por el mismo Acosta al consignarle en una de sus cuentas bancarias el cheque oficial que por la misma suma había recibido del Departamento; y ocurriendo, por último, que fue el señor García Sánchez quien en su calidad de Gobernador y miembro activo y principalísimo del Consejo Administrativo del Departamento, asistió a la sesión de esa Corporación —maniatada hasta por la propia Reforma Constitucional que la creó— y votó favorablemente el contrato que él mismo había propiciado y autorizado y el cual fue aprobado sin discusión alguna; ¿cómo podría negarse —se pregunta— después de todo lo que vemos que hizo o ejecutó el señor García Sánchez, la condición de cómplice primario como propia de éste en el peculado cometido?

"Con respecto a lo acontecido con la construcción del establo y la confección de las planillas de jornales de los trabajadores del Departamento que fueron destinadas a las obras de 'San Antonio', se patentiza idéntica conexión causal entre la conducta del señor García Sánchez como participante y el acto principal delictivo.

"Claro está que la actividad de don Miguel en esta nueva vez no fue preciso que comenzara por expedir, en ejercicio de sus funciones de administrador soberano de los bienes de Córdoba, un decreto parecido en sus determinaciones y finalidades al que dictara para el caso de la caseta, por la sencilla razón de que el General Rojas Pinilla, para conseguir que se le construyera gratuitamente el establo, apeló más bien al procedimiento de exigirle arbitrariamente a su subordinado en el escalafón militar y administrativo, Coronel Alvaro Calderón Rodríguez, por tener éste la condición de Gerente de la Corporación Nacional de Servicios Públicos, la consecución de unas estructuras y la colaboración de la misma Corporación en la asistencia técnica de dicha obra. Calderón obedeció a la exigencia que se le hizo, pero como su intención no fue otra que la de venderle al General Rojas —como se ha venido recalcando por el suscrito— tales materiales, por ser éste último afiliado a la Caja de Vivienda Militar, la Corporación cobró el precio de dicha venta (folio 161, vuelto, cuaderno 1º), y fue entonces cuando sí intervino don Miguel A. García en pro de su ami-

go, empezando por hacerse cargo del pago por cuenta de su propio bolsillo de parte del valor total de las estructuras suministradas al General Rojas, aconteciendo por otro lado que por la respectiva Pagaduría Deparamental fue cubierta otra buena parte de ese mismo precio, con todo lo cual quedó comprobado lo que dice el testigo Laspriella Estepa en el sentido de que don Miguel A. García (ver aparte c), d) y f) del punto 7º de esta Vista), al ser requerido por él para saber quién pagaría las estructuras, don Miguel le dijo que '....sobre eso ya tenía instrucciones suyas el Secretario de Agricultura del Departamento, señor doctor Vicente Escobar Méndez.....' (Folio 272 vuelto, C. 3º).

"E igual participación en el ya indicado grado o naturaleza es debido predicar de la actividad imputable al poderdante del doctor Londoño, realizada con el objeto de hacer viable el pago de los restantes materiales utilizados en las obras de 'San Antonio' y de los jornales de los trabajadores llamados 'transitorios' que perteneciendo a la Secretaría de Agricultura de Córdoba, fueron destinados subrepticiamente a laborar en la finca del General Rojas Pinilla, desde luego que no cabe la menor duda con relación al vínculo existente entre el hecho de haber proferido el ex-Gobernador García Sánchez la Resolución referida en el aparte c) del punto noveno de esta Vista y el pago por planillas que, gracias a dicha Resolución, fue posible que hiciera el señor Pagador de la Secretaría de Obras Públicas Departamentales, para lo cual se le adscribieron 'transitoriamente' al parecer, funciones de Pagador de la Secretaría de Agricultura.

"Llegando a este punto y habiendo descrito pormenorizadamente las actuaciones del señor García Sánchez, ¿quien podría negar que la participación prestada por éste en la defraudación de fondos públicos, fue de tal efectividad y naturaleza que sin ella el delito de que se habla, no habría podido jamás cometerse? ¿Quién sería osado a sostener que las actividades de que tratamos como realizadas por el señor García Sánchez no constituyen una condición del resultado antijurídico que se confronta con el quebrantamiento sufrido por el Erario de Córdoba? ¿Quien, por último, podría decir que el señor García Sánchez no fue causa del delito continuado de peculado a que se refiere el artículo tercero del Decreto número 1.858 de 1951, en concordancia con lo dispuesto por el Código de las Penas, en sus artículos 19 y 32, por obedecer todas las sucesivas defraudaciones de que fue objeto el Tesoro Departamental de Córdoba a una misma resolución criminal, por estar conectadas y unificadas por una misma intención: la de mejorar dolosamente una finca de propiedad particular, y por ser común a esas mismas defraudaciones la unidad de lesión jurídica?

"Es que el hecho, señores Magistrados, es que la actividad antijurídica y culpable cumplida por el señor don Miguel A. García Sánchez, en ejercicio de sus funciones de administrador omnimodo de los bienes de Córdoba, se refleja —como lo aceptaría Giuseppe Maggiore, de querer estar conforme con lo que nos enseña a la página 101 del tomo II de su tan consultado 'Derecho Penal'. Editorial Temis. Bogotá, 1954, en el hecho colectivo atribuído al mismo ex-Gobernador García Sánchez y a los Secretarios suyos en los despachos de Obras Públicas y de Agricultura, porque en concurso aquél y éstos delinquieron.

"Y es por todo lo que se ha argumentado y expuesto que el suscrito Procurador Delegado considera que se impone el llamamiento a juicio del señor don Miguel A. García Sánchez, ex-Gobernador del Departamento de Córdoba, como cómplice primario del delito de peculado cometido en forma continuada, en concurso con otras personas o funcionarios públicos, en detrimento del patrimonio del Departamento que administraba".

QUINTA. — TESIS DEL SEÑOR APODERADO

No es fácil sistematizar los argumentos que el señor apoderado ha venido exponiendo a lo largo del proceso con el plausible propósito de sincerar la conducta del señor García Sánchez, dada la diversidad de sus puntos de vista y la manifiesta contradicción que muchos de ellos ofrecen. La Sala hará un esfuerzo para capitularlos metódicamente, no sin advertir que ya antes en esta misma providencia tuvo oportunidad de rebatirlos parcialmente al referirse a algunos de los más importantes aspectos del sumario.

Arguye el señor apoderado:

a) Sobre la prueba de cargo.

En concepto del doctor Londoño y Londoño, de acuerdo con sus extensos memoriales que obran en los cuadernos 5, 7 y 8 del expediente, no hay prueba que autorice imputar al señor García Sánchez un delito de **peculado doloso** porque él

no tuvo **conocimiento** de las inversiones hechas por sus secretarios de Despacho en las distintas obras adelantadas en la finca 'San Antonio', ni en manera alguna las ordenó o autorizó como Gobernador del Departamento. Luego, si **no tomó parte** activa en esa aplicación de los fondos oficiales, mal puede atribuírsele el delito de peculado.

La rotunda aseveración no se compadece con la realidad procesal. No sólo estaba enterado el señor García Sánchez de las inversionse oficiales que se hacían en la propiedad particular del presidente Rojas Pinilla, sino que, concretamente, una de las aplicaciones indebidas de los caudales públicos se hizo por Decreto del entonces Gobernador, como ya hubo ocasión de examinarlo, al paso que muchos otros gastos llevaban su expresa autorización, según surge de los múltiples comprobantes que aparecen en el expediente. De otra parte, y ya para una inferencia lógica no destruída por prueba alguna, nadie mejor que el señor García Sánchez estaba al corriente de las obras ejecutadas en 'San Antonio', pues que a más agente del Gobierno era administrador particular de la finca, amigo íntimo del señor Rojas Pinilla y huésped habitual de éste en su residencia campestre, es decir, en el mismo lugar donde se adelantaban las citadas obras.

No sobra recordar, también, que en el caso particular de la construcción o ampliación del aeródromo, el ingeniero a cuyo cargo estuvo la dirección técnica de los trabajos, oficialmente y en nota cuya copia obra en los autos, se dirigió al Gobernador en solicitud de maquinaria y obreros, los cuales suministró de inmediato la Secretaría de Obras Públicas.

Evidente es que el señor García Sánchez estuvo al tanto de lo que ocurría con relación a las diversas obras en la hacienda 'San Antonio', como evidente que sabía en detalle la participación del Departamento en ellas, por lo que no cabe alegar ignorancia para calificar su conducta oficial.

Por otro aspecto no es de especial mérito la afirmación de algunos de los ex-funcionarios comprometidos en el ilícito de no haber recibido órdenes directas del señor García Sánchez para las inversiones en la propiedad de que se trata, ya que muchos documentos acreditan precisamente lo contrario, y también muchos de los deponentes dan cuenta de la directa intervención del procesado al respecto.

Por último, la crítica acerba que de manera individiualizada formula a varios de los testigos de cargo, en nada afecta el caudal probatorio que establecen los hechos materia de imputación y la participación en ellos del ex-Gobernador. La prueba testimonial nunca es perfecta; sus fallas siempre son visibles en toda investigación penal; no todos los testigos pueden ofrecer el mismo grado de credibilidad; no todos tienen la misma capacidad de percepción, ni todos pueden verter con igual fidelidad lo que han percibido. Pero con todo y sus defectos, cuando la prueba testimonial se somete a una sana y científica crítica y conforme a este método se concatenan en sus puntos principales y armónicos distintos testimonios y se les confronta con otros medios de prueba (indicial, documental, pericial, etc.), no es difícil, ni menos imposible, alcanzar el grado de certeza que el Juez de derecho requiere para formular en concreto un cargo penal, conforme a lo preceptuado en el artículo 429 del C. de P. P. o para afirmar, también en concreto, la responsabilidad legal, de acuerdo con el artículo 203 de la misma obra.

b) **Sobre la no ilicitud de los hechos.**

Como réplica a lo afirmado por la Sala Penal de la Corte en algunas de las providencias anteriormente dictadas en el proceso, de que "no existe ni ha existido norma constitucional o legal que permita invertir fondos públicos en propiedades particulares, ni que autorice el empleo de equipos de trabajadores de la Nación o de los Departamentos en predios no pertenecientes a estas entidades de derecho público", el señor apoderado, luégo de admitir que no existe esa norma, quiere deducir de ahí que porque "no existe la norma expresamente contraria", hechos de tal naturaleza no puede tipificarse como delito de peculado.

Los códigos penales, conforme a la técnica normativa que les es propia, **no prohiben** expresamente los hechos. Ningún estatuto legal de esta especie podría decir: "Se prohibe robar" o "se prohibe matar". Simplemente enuncian los elementos constitutivos de las infracciones y señalan la sanción imponible a quienes las cometen.

En ese sentido, podría decirse que no hay norma expresa que prohiba distraer los fondos del erario público. Sólo que cuando el funcionario los distrae, una disposición expresa del Código Penal le reprime esa conducta.

Y si la no ilicitud de los hechos atribuídos al señor García Sánchez se hace depender, como

es el manifiesto afán de su representante legal, en el supuesto de que las obras se adelantaron como **públicas,** también anda errado el doctor Londoño y Londoño porque no en esa consideración se invirtieron fondos en la finca 'San Antonio'. Suficiente sería tener en cuenta que el Departamento hizo varias indebidas aplicaciones de fondos oficiales, no para obras que el Departamento hubiera ordenado y prospectado como suyas, sino que coadyuvó en ellas confundiendo su participación con fondos de otras entidades, como la Nación, el Instituto de Crédito Territorial, etc., que también de manera indebida destinaron sus caudales a trabajos privados en la hacienda del señor Rojas Pinilla.

De suerte que las potenciales acciones para expropiar u obtener las indemnizaciones que pudiera tener el Departamento no son tan viables ni tan seguras.

Además, entre todas esas formas de uso indebido de caudales y efectos oficiales, muchas de ellas ni siquiera tuvieron la finalidad de una obra perdurable, sino que tuvieron como destino satisfacer necesidades de consumo, como fue el alimentar de combustible las plantas eléctricas y demás instalaciones de la propiedad.

Mucho ha insistido el señor apoderado con los conceptos que tuvo a bien traer a los autos, emitidos por notables jurisconsultos, a quienes formuló los cuestionarios que estimó convenientes sobre todos los aspectos que en el derecho colombiano ofrece la llamada **obra pública;** sus requisitos previos, los sistemas y modos de expropiación y sus consecuencias para las entidades de derecho público y para los particulares afectados con una obra de tal naturaleza.

En verdad, los conceptos aportados contienen un amplio estudio de la materia y no hay razón valedera para disentir de sus conclusiones. Sólo que esa actitud cabe asumirla en el terreno de la teoría y en el campo de las hipótesis que plantean. Su falla inevitable porque quienes lo rindieron no están al tanto de los hechos investigados en el proceso, ni tendrían porque estarlo, radica simplemente en que sus respetables opiniones, descansan en el supuesto de que fueron obras públicas las que se hicieron en la finca tantas veces citada. En esas condiciones no era tarea difícil para los exponentes señalar las fórmulas propias al derecho colombiano en lo atinente a expropiaciones, indenmizaciones, etc.

Léanse, por ejemplo, estos apartes de su alegato de conclusión:

"En el caso de 'San Antonio' hay las siguientes notas características: el propietario de los terrenos que era el propio Presidente de la República tuvo la intención manifiesta de ceder gratuitamente lo (sic) terrenos al Estado como se comprueba con numerosos testigos que oyeron su dicho: si no hizo la escritura mientras estuvo en el Gobierno, bien pudo ser por la dificultad legal de que se habla en el concepto del doctor F. de P. Pérez, o por otra causa cualquiera; inmediatamente después de salir del gobierno y antes de que se abriera ninguna investigación, ofreció formalmente hacer esta cesión gratuita en escritura pública, como se demuestra con la declaración del General Téllez; y, al no haber reclamado indemnización en el transcurso de dos años ya vencidos, ha perdido todo derecho para reclamarla; sus terrenos han pasado al Estado, no puede reivindicar contra él, y, solamente un estúpido o un prevaricador podrá decir, que en el caso, ha obtenido algún beneficio patrimonial. Cuál (sic) es en efecto, el beneficio patrimonial de Rojas, al haberse desprendido de 45 hectáreas de terreno, con un valor de ciento treinta y cinco mil pesos, sin que pueda reclamar indemnización alguna, y quedando siempre sujeto a un impuesto de valorización?

"Sinembargo, hay que advertir que yo no soy defensor de Rojas, ni puede importarme su causa. Lo que debo precisar es, la ninguna participación del señor García Sánchez en unos hechos que además no tienen carácter delictivo, o que si lo tuvieran sería tan sólo como delito administrativo al tenor de la disposición expresa del artículo 150 del Código Penal...

"El delito de **peculado** está establecido en el Código específicamente contra los empleados de manejo que en provecho propio o ajeno se alzan con lo (sic) fondos por razón de sus funciones, guardan, administran, recaudan o pagan. Es un artículo contra los ladrones o abusadores del patrimonio de la comunidad. No es una trampa contra los gobernantes, ni una sutileza para castigar el celo, o abrumar el mínimo error administrativo ....

"La responsabilidad penal se origina en la comisión de hechos definidos por el Código Penal, tipificados, culpables y punibles. Esta responsabilidad no es deductiva, ni analógica, ni interpretativa. Es literal, tipificada, estricta en los elementos de animus y corpus. No se diría jamás por un jurista que 'no existe la norma que permita ha-

cer tal cosa' y que como 'tal cosa' se ha hecho, ahí queda configurado un delito. Nó. Los delitos se definen expresa y literalmente. Si son de sujeto especial hay que atender expresamente a la norma: no puede cometer 'uxoricidio' un célibe, ni delito militar un civil, ni prevaricto un picapedrero, ni peculado quien no sea funcionario público y tenga por encargo recaudar, o guardar, o pagar, o administrar bienes de la comunidad o de instituciones semioficiales.

"Y cometerá específicamente delito de **peculado** el funcionario público que diere a los caudales que administra una destinación oficial diferente. Pero cometerá el delito señalado y definido en el artículo 150 del Código Penal y no otro..."

Argumento absurdo, por no decir inane, es aquel de que el señor Rojas Pinilla "tuvo la intención manifiesta de ceder gratuitamente los terrenos al Estado", si sólo se considera que las **intenciones**, buenas o malas, no son fuente de derechos y ni siquiera de simples expectativas.

Intención de ceder al Estado, pero no explica el señor apoderado, si ese **Estado** era la Nación, o seccionalmente, el Departamento de Córdoba. Como la oferta parece fue hecha a la Empresa Colombiana de Aeródromos (nacional) no era al Departamento de Córdoba al que iba a favorecer, ni a indemnizar por las inversiones hechas en 'San Antonio'.

Tampoco resulta lógico que el señor apoderado se resigne a admitir el delito de peculado, en el caso previsto por el artículo 150 del C. P., pues en éste la tipicidad del agente es la misma que para el peculado doloso, lo que quiebra sus argumentos centrales de defensa.

c) **Sobre el concepto de servicio público.**

Ya se vio cómo, en defensa de la conducta del procesado, no sólo han sido esgrimidos argumentos de carácter penal, atinentes a la falta de tipicidad, del agente y de los hechos, ausencia de dolo, ignorancia, etc., sino que, además, se ha pretendido demostrar el carácter público de las obras llevadas a término en la finca 'San Antonio' por el Departamento de Córdoba. Esa gratuita calificación jurídica, ya estudiada a espacio por la Sala, trata el señor apoderado de involucrarla con el concepto de **servicio público**, en orden a deducir que la finalidad de las obras era de esa naturaleza, y, consecuencialmente, no eran para beneficio particular del propietario del inmueble.

"**Servicio público**, define el profesor Eustorgio Sarria, es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente, o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas".

Por su parte, la Corte (Sala Plena), en sentencia de 24 de febrero de 1944, fija este criterio sobre la misma materia:

"No es indispensable para la existencia del servicio público que su prestación esté a cargo únicamente del Estado. Esta apenas es una modalidad adjetiva si se quiere, y así el servicio puede ser organizado por concesionarios o personas particulares. Pero tanto en uno como en otro caso la actividad debe desarrollarse de conformidad con los procedimientos del derecho público, por la naturaleza misma de las necesidades que llena y por las repercusiones de éstas en la vida del conglomerado social".

El Código Sustantivo del Trabajo, para los efectos que indica en el inciso primero del artículo 430, considera como servicios públicos, entre otros: "Los de empresas de transporte por tierra, agua y aire", y el artículo 23 de la Ley 89 de 1938, dispone: "La navegación aérea y los servicios directamente relacionados con ella, se declaran de utilidad pública para todos los efectos legales, y están sometidos a la suprema inspección y reglamentación del Gobierno".

No es, pues, incompatible el concepto de propiedad privada con el de servicio público. Por ello el dueño particular de un aérodromo, no pierde su derecho de dominio, y, simplemente se le limita para que pueda cumplir la función de servicio público. Luego las inversiones oficiales en el caso de autos no dejan de ser ilícitas en gracia de esas circunstancias, ni por ello deja de existír el delito de peculado.

Por lo demás, se repite, no todas las inversiones hechas por el Departamento de Córdoba fueron para la construcción y ampliación de la pista de aterrizaje. Ningún carácter de servicio público puede atribuírse al establo, a unas casetas demolidas por orden del señor Rojas Pinilla, ni al suministro de combustibles y materiales para uso particular de la hacienda.

SEXTA. — CAUSALES DE JUSTIFICACION

Estudiados en todos sus aspectos los hechos en cuya comisión incurrió el procesado, precisa afir-

mar qué causal alguna de justificación (positiva o negativa) resulta establecida en los autos.

De las contempladas en el artículo 23 del Código Penal ha querido insinuarse la del ordinal 2º pero por parte alguna de la actuación procesal surgen las condiciones de esa causal. De las previstas en el artículo 24 ibídem, tampoco tienen aplicación al caso, ni siquiera la de haber procedido por "orden obligatoria de autoridad competente", pues un Gobernador de Departamento no está en ese orden de subordinación jerárquica que imponga necesaria obediencia, ni entre funcionarios civiles de la administración cabe invocarla.

No porque el señor Rojas Pinilla estuviera ejerciendo dictatorialmente el poder, sus agentes seccionales tenían obligación de acatar sus estrafalarias órdenes en cosas ajenas a la administración pública, y su título ominoso de dictador no podía fundar derecho para recibir beneficios económicos del Tesoro de un Departamento.

No tiene fundamento y apenas sí es una explicación de los hechos, no para justificarlos sino para mostrarlos en su tremenda gravedad, lo que argumenta al respecto el doctor Londoño y Londoño en alguno de sus muchos memoriales:

"El General Rojas Pinilla, Presidente de Colombia y con facultades dictatoriales de hecho, es propietario desde antes de tomar revolucionariamente el poder, de la hacienda de 'San Antonio', en el municipio de Ciénaga de Oro del Departamento de Córdoba. La casa de la hacienda, construída en parte con fondos provenientes de suscripción pública y en la restante por su propietario, se convirtió desde que fue concluída, en residencia veraniega del jefe del Estado. Fue éste quien ordenó al Instituto de Crédito Territorial que construyese cerca a su residencia sendos pabellones para la guardia militar de rigor. Así se hizo, repitiendo el conocido proceso político de las casetas de 'Las Monjas' de que fue protagonista el ex-presidente López. El mismo General-Dictador ordenó que el organismo competente del Ministerio de Comunicaciones instalase completos servicios de intercomunicación radiofónica para mantener en todo instante sus necesarios contactos con el país. Así se hizo también con cargo al tesoro público, como obra oficial y por razones de seguridad y orden político que se han esbozado. El mismo General Dictador ordenó que se adaptase en terrenos de 'San Antonio' una pista de aterrizaje, apta para aviones militares y comerciales de todo tipo, que garantizasen también su comunicación física con el país, y que sirviese al desarrollo económico de la rica región del Sinú. Así se hizo, por la Corporación Nacional de Aeródromos, por el Ministerio de Obras Públicas representado en su Zona de Carreteras Nacionales, y por la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Córdoba en concertada cooperación. El Presidente Dictador ordenó al Coronel-Gerente del Instituto de Crédito Territorial y éste a su agente seccional en Montería, la construcción de una caballeriza o establo para los bagajes de una policía montada que prestase servicio rural en la defensa de los campos y reforzase periódicamente la guardia presidencial durante las visitas del jefe del Estado.

"Así se hizo, bajo planos, dirección e intervención del Instituto de Crédito Territorial y con la cooperación concertada de la Secretaría de Agricultura del Departamento de Córdoba. Finalmente, el Presidente-Dictador autorizó a su guardia presidencial, formada en su mayor parte por unidades del Batallón Cartagena de guarnición en Montería, para que solicitase combustible con cargo al Departameno de Córdoba para proveer al alumbrado de la propia guardia, y asegurar los servicios de radiocomunicación del Presidente en sus frecuentes visitas.

"Antes de analizar una a una estas obras, importa recordar, **que sea como hoy parezca, por los días de tales hechos el General Rojas Pinilla era el Jefe del Estado. Que su residencia era la residencia presidencial, y a él se debían las seguridades, prerrogativas y honores de su cargo. Por otra parte era el Comandante General de un Ejército que ejercía el poder dentro de un régimen de estado de sitio, y que tal condición tenía sus implicaciones de orden militar y político".** (Subrayó la Sala).

Simplemente curioso resulta el argumento contenido en el último párrafo transcrito. Lo mismo en un régimen normal que bajo el estado de sitio, el sueldo del Presidente de la República y sus gastos de representación han sido atendidos por el presupuesto nacional, y jamás la calidad de "Jefe de los Ejércitos de la República" (no de Comandante General de un Ejército) que le da el ordinal 9º del artículo 120 de la Carta, impone cargas a los presupuestos departamentales.

SEPTIMA.—Ningún inconveniente tiene la Sala en aceptar y reconocer en forma expresa que el señor García Sánchez es persona de óptimas calidades morales en su vida particular; hombre trabajador y ciudadano digno de aprecio. De todo ello

dan fé todas las declaraciones traídas a los autos por el señor apoderado y varias manifestaciones suscritas por distinguidos elementos del Departamento de Córdoba.

Pero no empece sus virtudes privadas, que le han ganado el aprecio de la sociedad, su conducta oficial como Gobernador del Departamento de Córdoba fue fallida, y como Jefe de la administración seccional que le fue confiada, incurrió en los graves hechos a que se refiere este proceso, según parece, por su irrestricta amistad con el entonces Jefe del Estado y la indiscriminada solidaridad con todos sus actos, no obstante saber la irregularidad de los procedimientos oficiales del Presidente de la República.

Alguna razón tenía el señor García Sánchez para afirmar en el curso de su declaración indagatoria: "Así se vino a tierra la estructura del gobierno en la mañana del diez de mayo, no sólo con el peso de sus propias e inevitables faltas, sino con el recargo adicional de las acusaciones de quienes fueron sus servidores, consejeros o responsables de la política arruinada..."

Vínculos impropios existían entre el señor García Sánchez y el Jefe del Estado, y a ellos cabe atribuír en gran parte que la conducta de aquél al frente de la Gobernación de Córdoba no se hubiera ajustado a la ley en debida forma. Esa impropiedad de sus relaciones la revela el mismo sindicado, según puede leerse en su indagatoria:

"En mis relaciones con el General Rojas Pinilla no entraron solamente los intereses de Córdoba, ni la relación moral de subordinación en la jerarquía del gobierno, sino un sentimiento de afecto y respeto recíproco acentuado por el trato frecuente y las muestras reiteradas de simpatía. Es decir, que yo me hice gobernador por el interés de Córdoba. Llegué a ser sincero amigo del General Rojas por los lazos espirituales de una mutua y limpia simpatía. Fue a este título personal como el General Rojas me pidió el favor de que se le administrase desde la oficina de mis negocios el requerimiento ordinario de su hacienda en la misma forma en que se hace de muchísimos años atrás con las haciendas de CARLOS VELEZ POMBO.... Y como él me lo pidió así lo dispuse, haciendo que mi oficina de negocios atendiese a la hacienda de 'San Antonio' bajo el mismo régimen de gratitud, digo, gratitud y confianza..."

OCTAVA.—PETICIONES ADICIONALES DEL MINISTERIO PUBLICO

Quiere el señor Procurador Delegado que la Corte en la providencia de calificación de este proceso ordene algunas investigaciones penales relacionadas con los hechos que aquí se examinan.

No es el caso de acceder a su petición por cuanto algunas de ellas corresponden al Congreso de la República, y las demás deben estar contenidas en el proceso que se sigue contra otros ex-funcionarios públicos, departamentales y nacionales.

NOVENA—CONCLUSIONES

De conformidad con todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— estima que los autos ofrecen mérito para residenciar en juicio al señor Miguel Angel García Sánchez, ex-Gobernador del Departamento de Córdoba, por el delito de peculado, previsto y sancionado en el capítulo I, Título III, Libro 2º del C. P. y Decreto número 1.858 de 1951.

El cargo concreto consiste en haber hecho uso indebido, en su condición de Gobernador, de caudales y otros bienes de carácter oficial, pertenecientes al Departamento de Córdoba, en provecho de terceros, en cuantía superior a tres mil pesos ($ 3.000.00).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— de acuerdo con la opinión fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Llámese a responder en juicio criminal de única instancia, de conformidad con las normas previstas en el Capítulo I, Título II, Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal y Decreto número 1.231 de 1951, al señor MIGUEL ANGEL GARCIA SANCHEZ, ex-Gobernador del Departamento de Córdoba, por el delito DE PECULADO, de que trata el Capítulo I, Título III, Libro Segundo del Código Penal y Decreto número 1.858 de 1951, consistente el cargo en haber hecho **uso indebido** de caudales y objetos de propiedad oficial del Departamento aludido, obrando en su condición de funcionario público, hechos ocurridos en la jurisdicción del mismo Departamento, en las circunstancias de tiempo, modo, cuantía y lugar expresados en la parte motiva.

SEGUNDO.—El delito imputado está excluído del beneficio de excarcelación y, por tanto, el procesado deberá continuar en detención preventiva (Artículo 406, Ord. 3º C. de P. P.).

TERCERO. Prevéngase al sindicado sobre el derecho de defensa, de acuerdo con el artículo 432 del C. de P. P.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria — Pioquinto León L., Secretario.

EL DELITO DE PECULADO LESIONA DE MANERA CONCRETA EL INTERES JURIDICO DE LA ADMINISTRACION PUBLICA. — RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.—FUERO. —PARA QUIENES ESTA CONSAGRADO Y FACTORES A QUE ESTA CONDICIONADO. — DELITOS DE RESPONSABILIDAD. — CUERPO DEL DELITO. — SU DEMOSTRACION OBJETIVA. — NI EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO NI EN EL CASO CONCRETO DE PECULADO, LA CUANTIA ES ELEMENTO ESENCIAL DEL CUERPO DEL DELITO. — LAS INTENCIONES EN SI MISMAS, AISLADAS, CARECEN DE RELEVANCIA EN EL DERECHO PENAL. — NADA IMPIDE AL JUEZ DE DERECHO INCORPORAR A UNA PROVIDENCIA LA VISTA FISCAL, INDICATIVA APENAS DE LA CONFORMIDAD DE CRITERIO CON EL COLABORADOR. — LA PRACTICA TARDIA DE LA DILIGENCIA DE INDAGATORIA NO CIERRA LOS CAMINOS DE LA DEFENSA.—ES DEBER DEL CALIFICADOR HACER CONCRETO EL CARGO EN LA PARTE MOTIVA DEL AUTO DE PROCEDER. — NO SE REPONE LA ANTERIOR PROVIDENCIA

1.—El delito de peculado conforme al Código Penal vigente, lesiona de manera concreta el interés jurídico de la admninistración pública, en igual forma que los delitos de concusión, cohecho, prevaricato y abuso de autoridad, infracciones todas que en sus especies ordinarias o típicas presupone la calidad de funcinario público en el agente, y que se llevan a término, precisamente, por un ejercicio arbitrario, ilegal, indebido, bien por exceso, ya por defecto, de las funciones oficiales que le son propias.

2.—Dimana la responsabilidad del funcionario público, en primer lugar de la disposición contenida en el artículo 20 de la Carta, y en segundo término de las imperativas normas fijadas en los artículos 51 y 62 ibídem.

Por motivos que pueden calificarse de preponderantes y cuya finalidad más inmediata es mantener vigente el principio de la responsabilidad, sin menoscabo ni trastorno de la administración pública, en desarrollo de los preceptos constitucionales a que se ha hecho mérito, y por especial mandato de la misma Carta, los funcionarios del Estado, según su jerarquía, gozan de fuero para su juzgamiento penal. Ese fuero está condicionado a los factores de la investidura oficial al momento de la comisión del delito y a la naturaleza de éste, en cuanto permita ser clasificado como delito de responsabilidad.

El fuero lo consagra la Constitución para los Gobernadores en el ordinal 2º del artículo 151, que atribuye a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento "de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra... los Gobernadores...".

Ese ordenamiento lo trae a su vez el ordinal 6º del artículo 42 del C. de P. P. que fija la competencia de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal.

No es exacto, como pueda sostenerse, que por la reforma constitucional de 1936 y por la expedición del Código de Procedimiento Penal vigente (Ley 94 de 1938), hubiera desaparecido el fuero y la competencia de la Corte quedara limitada "a los motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones". Tal curiosa interpretación conduce a la imposible demostración, de que a la Corte Suprema simplemente se le reserva el conocimiento de faltas de los funcionarios públicos, a un especie de derecho penal administrativo o simplemente disciplinario.

La Corte conoce "de las causas que por motivos de responsabilidad.....". Y el término causa, en el lenguaje jurídico-penal comprende con toda exactitud el proceso criminal originado de la comisión de un delito, por el ejercicio de la acción penal, en

la forma y condiciones previstas en el C. de P. P.

Aunque lo dicho es de por sí evidente y claro, no sobra consultar la definición que al respecto trae la Enciclopedia Jurídica Omega, Tomo II, páginas 879-880.

3.—"Causas por motivos de responsabilidad", puede ser, y en efecto lo es, una expresión impropia, y lo mismo cabe decir de la usada denominación "delitos de responsabilidad". Pero con todo y su impropiedad, en nuestro derecho tienen un contenido preciso, inequívoco y concreto. El delito de responsabilidad, de ordinario, no es otro que el cometido por funcionario público, dentro de la esfera de su actividad administrativa, con abuso de su poder, con ocasión o en razón de su cargo. La especial condición del agente no permite titular de comunes las infracciones penales que así ejecute, y esa nota característica obra para calificarlas o tipificarlas como delitos propios a los funcionarios del Estado. Un mismo hecho cometido en un caso por persona particular, ajena a la administración pública, y en otro por quien está vinculada a ésta, es para el primero un delito contra la propiedad (hurto, robo, etc.), y para el segundo un delito oficial, lesivo de la administración (concusión, peculado, etc.).

El cargo que al incriminado se le ha formulado procesalmente es el de peculado, hecho cometido por funcionario público en ejercicio de su mandato administrativo. De aquí nace el fuero del acusado y, consecuencialmente, la privativa competencia de la Corte para juzgarlo.

La doctrina de la Corporación ha sido en esta materia uniforme y clara, aplicada bajo las disposiciones de la Ley 105 de 1931, y en el régimen procesal penal vigente desde el 1º de julio de 1938.

Por lo que ilustra el punto debatido, pueden verse las providencias de 19 de agosto de 1947 y 28 de mayo de 1948 (G. J. Tomo LXIII, números 2057-2058, página 785 y Tomo LXIV, números 2060-61, Pág. 229).

4.—Si, como lo estatuía el artículo 1.512 del Código Judicial, "se entiende por cuerpo del delito un hecho criminoso y punible, según las leyes" la demostración objetiva de ese hecho, cuerpo material de la infracción, que no incluye los elementos morales subjetivos de la misma, puede lograrse por cualquier medio probatorio y no exclusivamente por la inspección ocular o el dictamen de peritos.

El sistema de pruebas adoptado por el Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), es no sólo técnico sino racional. Fuera de no sujetar las investigaciones criminales a una tarifa rígida en la materia, respeta el examen crítico para una libre convicción, sin imponer necesariamente que ciertos o determinados elementos constitutivos de la infracción (cuerpo del delito) se comprueben por un medio único.

El artículo 296, por ejemplo, dispone que "el funcionario practicará una inspección ocular sujetándose a lo dispuesto en el capítulo II del Título V del Libro I", cuando "la comprobación de los elementos constitutivos de la infracción.... sean susceptibles de esta prueba".

Las disposiciones siguientes se ocupan en detalle de la manera de practicar pruebas de orden técnico, como cuando se trata de invesigaciones por delitos de homicidio, lesiones, robo, etc. Pero en lugar alguno del Código de Procedimiento se impone la obligación de probar el cuerpo del delito por un medio especial. Si alguna duda queda, suficiente es leer los artículos 317 y 318.

Además, carece de sentido argüir, si es que se entiende jurídicamente qué es el cuerpo del delito, que su existencia procesal en el caso de peculado está condicionada a la cuantía de lo sustraído o malversado, y que si no se establece su preciso valor, no hay prueba del cuerpo del delito.

Es un error ese aserto. La cuantía es tomada en cuenta por la ley penal con relación a varias infracciones, en especial los delitos contra la propiedad. También la considera en el peculado. Pero ni en los delitos contra el patrimonio ni en el caso concreto del peculado, la cuantía es elemento esencial del cuerpo del delito. Ella puede tener significación para efectos de la competencia (en los delitos contra la propiedad, no para el peculado) o influír en la fijación concreta de las penas. Sería absurdo, por ejemplo, que en el caso de un delito de robo a un establecimiento comercial, cuya estimación hiciera el ofendido en una suma aproximada y cuyo monto exacto no pudiera lograrse

pericialmente, por dificultades derivadas de la misma diversidad, en cantidades o precios, de los bienes sustraídos, pudiera alegarse la inexistencia o la no comprobación del cuerpo del delito.

Cuando en un caso dado, la Sala estimó plenamente probado el peculado en una cuantía cierta, sin dejar de reconocer que el mayor valor que pudo haber alcanzado la infracción, no estaba debidamente establecido, nada impide que en el plenario se logre mejorar la prueba al respecto, o que la Defensa alcance a desvirtuar el monto que se estima hasta ese instante suficientemente demostrado.

5.—En materia criminal, la intención es cuestión fundamental cuando se estudia en su completa integración el iter criminis, pero las intenciones en sí mismas, aisladas, carecen de relevancia en el derecho penal.

6.—El señor Agente del Ministerio Público es parte en los procesos penales y nada impide al Juez de Derecho incorporar a una providencia la vista fiscal. Eso apenas indica la conformidad de criterio con el colaborador. Lo mismo podría aceptar y reproducir conceptos del defensor, de estar de acuerdo con él.

7.—Si el funcionario investigador no tomó la indagatoria apenas iniciado el sumario, ello nada indica en cuanto a los derechos del sindicado; la ley no ha señalado un término perentorio sino para el caso de estar detenido e incomunicado, **y no por practicarse tardíamente la diligencia se cerraban los caminos de defensa.**

8.—En la parte motiva del auto de proceder no prohibe el artículo 431 del C. de P. P. especificar con todas sus modalidades y circunstancias el hecho imputado. Por el contrario, es deber del calificador hacer concreto el cargo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio veintiuno de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Contra el auto dictado por esta Sala el 28 de abril último, que contiene el procesamiento del señor **Miguel García Sánchez** por el delito de **peculado**, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y el doctor Fernando Londoño y Londoño, defensor del acusado, interpusieron oportunamente recurso de **reposición**, el primero para que se modifique la providencia en su parte resolutiva, y el segundo, para que sea revocada.

Cumplidos como están los trámites propios del recurso aludido, la Sala procede a resolver en su orden las peticiones de las partes.

LA DEL MINISTERIO PUBLICO

Con cita del artículo 431 del C. de P. P., el señor Procurador Delegado, endereza su solicitud en orden a obtener que la fórmula de cargo contenida en la parte resolutiva del llamamiento a juicio se acomode rigurosamente a lo que dispone el inciso final del acotado artículo 431, es decir, "sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable".

Aparentemente acompaña la razón al señor Procurador si se entiende que la expresión **uso indebido** empleada en el auto circunscribe el hecho imputado a una **especie**, dentro del género de delito. Pero no es sino aparente la objeción porque el cargo se le formuló al señor García Sánchez por "**peculado**", que es el término empleado por el Código en el Capítulo correspondiente, y la expresión **uso indebido** no es nota de especificación sino elemento constitutivo de la infracción.

Hecha esta breve aclaración y para tranquilidad del recurrente, la Sala accederá a su petición porque haciendo más genérico el cargo, de acuerdo con sus deseos, en nada se afecta la técnica del procesamiento, ya que en la parte motiva del auto fueron debidamene delineadas las circunstancias del ilícito materia del cargo.

PETICIONES DE LA DEFENSA

En extenso escrito (82 hojas) el doctor Londoño y Londoño pide la reposición del enjuiciamiento a efecto de que la Corte, de acuerdo con las tesis por él planteadas, haga una de estas declaraciones:

a) Nulidad de la actuación por incompetencia de jurisdicción;

b) Nulidad del "proceso a partir de las primeras diligencias practicadas en Montería";

c) Sobreseimiento definitivo a favor del señor García Sánchez.

El recurrente califica la primera petición de **principal** y las restantes de **subsidiarias.**

Con todo cuidado estudiará la Sala las razones aducidas por el señor defensor para fundamentar sus pretensiones, no sin advertir, de una vez, que en el campo que le es propio, constitucional y legalmente, su examen sólo ameritará los argumentos de orden jurídico, ignorando plantamientos de carácter político, ajenos al debate judicial.

Hecha esta indispensable elucidación, procede la Corte al examen indicado.

PRIMERO.—Incompetencia de jurisdicción.

"La Corte Suprema de Justicia no tiene, a la luz de la legislación vigente en el país, competencia para juzgar a un ex-gobernador por razón de un delito común como es el 'peculado' ".

En los términos transcritos formula el señor defensor su primera objeción de fondo al proceso que, de admitirse, permitiría hacer la declaración principal de nulidad solicitada por él. La sustenta elaborando una muy personal exégesis de textos costitucionales y legales atinentes a la materia y haciendo una peregrina distinción entre los delitos comunes y los llamados (así sea impropiamente) delitos de responsabilidad.

La Corte, por medio de la Sala Penal, sí es competente para conocer de este proceso por el delito de **peculado** contra el ex-gobernador del Departamento de Córdoba, señor Miguel García Sánchez, en razón de estas consideraciones:

a) El hecho ilícito investigado en el informativo y cuya comisión se atribuye al señor García Sánchez, fue cometido cuando éste desempeñaba el cargo de Gobernador.

b) El delito de **peculado,** conforme al Código Penal vigente, lesiona de manera concreta el interés jurídico de la **administración pública,** en igual forma que los delitos de **concusión, cohecho, prevaricato** y **abuso de autoridad,** infracciones todas que en sus especies ordinarias o típicas presuponen la calidad de funcionario público en el agente, y que se llevan a término, precisamente, por un ejercicio arbitrario, ilegal, indebido, bien por exceso, ya por defecto, de las funciones oficiales que le son propias.

c) Dimana la responsabilidad del funcionario público, en primer lugar, de la disposición contenida en el artículo 20 de la Carta, cuyo alcance fijó con toda claridad la providencia recurrida, y en segundo término de las imperativas normas fijadas en los artículos 51 y 62 ibídem.

d) Por motivos que pueden calificarse de preponderantes y cuya finalidad más inmediata es mantener vigente el principio de la responsabilidad, sin menoscabo ni trastornos de la **administración pública,** en desarrollo de los preceptos constitucionales a que se ha hecho mérito, y por especial mandato de la misma Carta, los funcionarios del Estado, según su jerarquía, gozan de **fuero** para su juzgamiento penal. Ese fuero está condicionado a los factores de la investidura oficial al momento de la comisión del delito y a la naturaleza de éste, en cuanto permita ser clasificado como delito de responsabilidad.

e) El fuero lo consagra la Constitución para los Gobernadores en el ordinal 2º del artículo 151, que atribuye a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento "de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra... los Gobernadores....".

Ese ordenamiento lo trae a su vez el ordinal 6º del artículo 42 del C. de P. P. que fija la competencia de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal.

f) No es exacto, como lo sostiene el señor defensor, que por la reforma constitucional de 1936 y por la expedición del Código de Procedimiento Penal vigente (Ley 94 de 1938), hubiera desaparecido el fuero y la competencia de la Corte quedara limitada "a los motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones". Su curiosa interpretación conduce a la imposible demostración, de que a la Corte Suprema simplemente se le reserva el conocimiento de **faltas** de los funcionarios públicos, a una especie de derecho penal administrativo o simplemente disciplinario.

Pero es que el señor defensor al destacar la palabra **motivo,** empleada por la Constitución y la ley, omite voluntariamente copiar el giro completo que aparece en ella: La Corte conoce "de las causas que por motivos de responsabilidad..." Y el término **causa,** en el lenguaje jurídico-penal, comprende con toda exactitud el **proceso criminal** originado de la comisión de un delito, por el ejercicio de la **acción penal,** en la forma y condiciones previstas en el Código de Procedimiento Penal.

Aunque lo dicho es de por sí evidente y claro, no sobra transcribir la definición que al respecto

trae la Enciclopedia Jurídica OMEGA, Tomo II, páginas 879-880:

"CAUSA CRIMINAL. La voz 'causa' alude al conjunto o **corpus** de las actuaciones procesales que hacen al cuerpo mismo de los 'autos' en un juicio determinado.

"El adjetivo 'criminal' alude a la naturaleza de los procedimientos que en definitiva se concretan en un juicio o proceso penal.

"De tal modo que la expresión significa en el lenguaje forense, el **corpus** de las diligencias procesales efectuadas que integran material y documentalmente el juicio criminal.

"Se usa en las expresiones sustantivadas como: 'la causa', 'en la causa', etcétera. De modo que significa la resintegrada de las actuaciones procesales.

"Equivale en el lenguaje a los términos 'autos' y 'pleitos'. Aunque estas voces se utilizan en la actualidad con preferencia para el proceso civil, dejando la voz 'causa' para el lenguaje del proceso penal.

"En el Derecho hispanoamericano, donde la terminología es insegura y se presta a confusiones, existe al respecto y en el uso de estos vocablos una verdadera tradición que se remonta a las Partidas (Part. 6, Tít. 6; Ley 9, y Part. 7; Tít. 29; Ley 7)".

g) **"Causas por motivos de responsabilidad"**, puede ser, y en efecto lo es, una expresión impropia, y lo mismo cabe decir de la usada denominación **"delitos de responsabilidad"**. Pero con todo y su impropiedad, en nuestro derecho tienen un contenido preciso, inequívoco y concreto. El delito de responsabilidad, de ordinario no es otro que el cometido por funcionario público, dentro de la esfera de su actividad administrativa, con abuso de su poder, con ocasión o en razón de su cargo. La especial condición del **agente** no permite titular de **comunes** las infracciones penales que así se ejecute, y esa nota característica obra para calificarlas o tipificarlas como delitos propios a los funcionarios del Estado. Un mismo hecho cometido en un caso por persona particular, ajena a la administración pública, y en otro por quien está vinculada a ésta, es para el primero un delito contra la propiedad (hurto, robo, etc.), y para el segundo un delito oficial, lesivo de la administración (concusión, peculado, etc.).

h) El cargo que al señor García Sánchez se le ha formulado procesalmente es el de **peculado**, hecho cometido por funcionario público en ejercicio de su mandato administrativo. De aquí nace el fuero del acusado y, consecuencialmente, la privativa competencia de la Corte para juzgarlo.

La doctrina de la Corporación ha sido en esta materia uniforme y clara, aplicada bajo las disposiciones de la Ley 105 de 1931, y en el régimen procesal penal vigente desde el 1º de julio de 1938.

Por lo que ilustra el punto debatido, la Sala transcribe:

"Los delitos oficiales o de responsabilidad son los que se cometen por los funcionarios públicos, por razón o motivo de funciones inherentes al cargo que desempeñan, en tanto que los delitos comunes son los que se realizan sin tener en cuenta —para nada la calidad de empleado o las atribuciones de las cuales se halla investido. En estos casos, el delito se configura por la simple violación de la norma penal, en tanto que en los otros, la infracción se caracteriza por la violación de la ley condicionada a la calidad de la persona —empleado público— y al ejercicio de funciones derivadas de dicho cargo.

"La consideración abstracta del delito como entidad jurídica independiente del agente activo del mismo, no es lo que configura propiamente el delito de responsabilidad; es la relación y valoración conjunta de esos elementos —delito y persona investida de funciones públicas— la que en cada caso concreto determina el delito oficial. En tratándose de cargos de responsabilidad la ley penal no puede violarse sino por la persona que ejerce determinadas funciones y a pesar de que la infracción propiamente tipificada en las disposiciones penales que reprimen los delitos de respnsabilidad, el hecho cae dentro de esa escala por consideración especial de la persona —funcionario público— que lo ejecuta y a quien la ley ha investido de un fuero especial (Auto de 19 de agosto de 1947, G. J., Tomo LXIII, números 2057-58, Pág. 785)".

"Los juicios de responsabilidad se refieren solamente a las infracciones cometidas por exceso o defecto en el desempeño de los menesteres propios de un empleo o cargo público, de suerte que conocidas las funciones inherentes al empleo o cargo, podrá decirse si hubo ilicitud por extralimitación u omisión en su ejercicio. Como regla práctica puede sentarse la de que constituyen delitos de responsabilidad los que el Código considera como propios y exclusivos de los empleados o funcionarios públicos, pues si no son tales, serán delitos comunes...." (Auto de 28 de mayo de

1948, G. J., Tomo LXIV, número 2060-61, página 229). (Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia. Agustín Gómez Prada. Volumen III).

Es suficiente lo dicho para rebatir el cargo de incompetencia de jurisdicción propuesto por el señor defensor, cuya petición al sustentarla, es la de "anular el auto de proceder y enviar el proceso al Juez competente". De ninguna validez es su objeción sobre que el reconocimiento de fuero rompe la continencia de la causa, "por la aplicación ilegítima de un fuero inexistente, para deducir unitarias y correlativas responsabilidades entre quienes aparecen como autores principales de un hecho, y el ex-Gobernador a quien se reputa como cómplice del mismo". Ni al proceder así la Corte viola "una vez más la Constitución y la ley" porque pueda "suceder que los autores materiales sean absueltos y condenado su cómplice, dada la distinta cuerda por la que se sigue la investigación y fallo de un solo proceso", pues el aparente conflicto procesal que inquieta al señor defensor lo resolvió el legislador en el Código de Procedimiento Penal. Aunque resulte superfluo, la Sala le recuerda esas disposiciones al doctor Londoño y Londoño:

"Artículo 50. Cuando en un mismo proceso deban investigarse y fallarse varios delitos sometidos a diversas competencias, conocerá de la causa el Juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave".

"Artículo 51. Si en cualquiera de los casos a que se refiere el artículo anterior, alguna o algunas de las personas justiciables estuvieren sometidas fuero especial, conocerá del proceso con respecto a éstas exclusivamente la autoridad encargada de tal fuero, para lo cual el funcionario instructor sacará copia de lo actuado, la enviará a la autoridad competente y pondrá a disposición de los Jueces ordinarios el proceso original".

SEGUNDO.—EL CUERPO DEL DELITO

"El cuerpo del delito no aparece plenamente probado en este proceso, tal como lo exige el artículo 429 del Código para servir de base al enjuiciamiento criminal. Y no está probado por dos extremos a saber: porque no hay inspección ocular válida para establecer los 'hechos del proceso' ni pericia válida para apreciar el monto mismo de las pretendidas malversaciones. Además, porque, según los textos del auto de proceder que recurro, la tasación en una suma aproximada de cincuenta y dos mil pesos como monto de la malversación, es apenas provisional, pudiendo, dice el auto, modificarse dentro del plenario". Segundo cargo propuesto por el recurrente.

Se entiende que en concepto del señor Defensor no hay en los autos plena prueba del **cuerpo del delito,** uno de los presupuestos demandados por el artículo 429 del C. de P. P., para la vocación a juicio. Y no está plenamente probado, de acuerdo con su argumento, porque en definitiva no se demostró el **monto exacto** del peculado, es decir, la **cuantía** del delito, cuestión susceptible de establecer únicamente por medio de **inspección ocular y dictamen pericial.**

Tampoco en este punto anda en lo cierto el señor defensor, y a demostrárselo pasa la Sala:

a) Si, como lo estatuía el artículo 1.512 del Código Judicial, "se entiende por **cuerpo del delito** un hecho criminoso y punible, según las leyes", la demostración objetiva de ese hecho, cuerpo material de la infracción, que no incluye los elementos morales subjetivos de la misma, puede lograrse por cualquier medio probatorio y no exclusivamente por la inspección ocular o el dictamen de peritos.

b) El sistema de pruebas adoptado por el Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938) es no sólo técnica sino racional. Fuera de no sujetar las investigaciones criminales a una tarifa rígida en la materia, respeta el examen crítico para una libre convicción, sin imponer necesariamente que ciertos o determinados elementos constitutivos de la infracción (cuerpo del delito) se comprueben por un medio único.

c) El artículo 296, por ejemplo, dispone que "el funcionario practicará una inspección ocular sujetándose a lo dispuesto en el Capítulo II del Título V del Libro I", cuando "la comprobación de los elementos constitutivos de la infracción... sean susceptibles de esta prueba".

Las disposicones siguientes se ocupan en detalle de la manera de practicar pruebas de orden técnico, como cuando se trata de investigaciones por delitos de homicidio, lesiones, robo, etc. Pero en lugar alguno del Código de Procedimiento se impone la obligación de probar el cuerpo del delito por un medio especial. Si alguna duda queda, suficiente es leer los artículos 317 y 318.

c) Además, carece de sentido argüir, si es que se entiende jurídicamente qué es el **cuerpo del delito,** que su existencia procesal en el caso de **peculado** está condicionada a la cuantía de lo sustraído o malversado, y que si no se establece su

preciso valor, no hay prueba del cuerpo del delito.

Es un error ese aserto. La cuantía es tomada en cuenta por la ley penal con relación a varias infracciones, en especial los delitos contra la propiedad. Tabién la considera en el **peculado.** Pero ni en los delitos contra el patrimonio, ni en el caso concreto del peculado, la cuantía es elemento esencial del cuerpo del delito. Ella puede tener significación para efectos de la competencia (en los delitos contra la propiedad, no para el peculado) o influír en la fijación concreta de las penas. Sería absurdo, por ejemplo, que en el caso de un delito de robo a un establecimiento comercial, cuya estimación hiciera el ofendido en una suma aproximada y cuyo monto exacto no pudiera lograrse pericialmente, por dificultades derivadas de la misma diversidad, en cantidades o precios, de los bienes sustraídos, pudiera alegarse la inexistencia o la no comprobación del **cuerpo del delito.**

d) En el caso que se debate, la Sala estimó plenamente probado el peculado en una cuantía cierta, sin dejar de reconocer que el mayor valor que pudo haber alcanzado la infracción, no estaba debidamente establecido. Nada impide que en el plenario se logre mejorar la prueba al respecto, o que la Defensa alcance a desvirtuar el monto que se estima hasta ahora suficientemente demostrado.

e) El **hecho materia de la investigación** fue un peculado. Los elementos que lo estructuran, según las disposiciones penales que se analizaron en el llamamiento a juicio, aparecen probados, a saber: calidad oficial del agente; sus funciones como Jefe de la Administración Departamental; inversión de fondos públicos en obras particulares; carácter indebido de esa aplicación de fondos y efectos oficiales; valor mínimo de la defraudación.

Como hay en el proceso, en concepto de la Sala, prueba del cuerpo del delito en la medida que exige el artículo 429 del C. de P. P., a la vez que prueba de la responsabilidad del agente, no se ve la razón para reponer el llamamiento a juicio y dictar, en su lugar, sobreseimiento definitivo.

Tampoco cabe el extraño recurso que en esta parte de su alegato dice interponer el señor defensor contra el auto que deniega la anulación de la inspección ocular y de la pericia, no sólo porque es extemporáneo sino porque el recurso que en esta providencia se resuelve es el interpuesto contra el auto de proceder .Declina así la Corte, porque no la ha menester, "la última oportunidad para corregir un gravísimo error que no puede seguir gravitando sobre su nombre y su prestigio" ofrecida por el doctor Londoño y Londoño en su encendido alegato.

TERCERO.—INFORMALIDAD DEL AUTO DE PROCEDER

"El auto de proceder contra el que recurro —dice el señor defensor— no tiene a mi juicio las características preordenadas por el artículo 431 del C. de C. Penal. Le hacen notoria falta la narración suscinta de los hechos, el análisis de las pruebas en que se funda la imputación al procesado, el resumen de mis peticiones y la exposición de las razones por las cuales fueron desechadas".

Quiere decir lo anterior que el proveído enjuiciatorio no contiene en su motivación lo indicado en los ordinales 1º, 2º, 3º y 4o. de la disposición citada. Y como son éstos los únicos ordenamientos para la parte motiva, habría que concluír que no hay auto de proceder. No obstante la ninguna obligación de considerar tamaño exhabrupto, la Sala apenas pone de presente que buena parte de las ochenta y dos hojas del alegato de reposición están destinadas a rebatir el auto de proceder, cuya existencia formal prácticamente niega el recurrente.

La Sala estima, y no por el prurito de contradecir al doctor Londoño y Londoño, que el auto de proceder se ciñe fielmente a la técnica impuesta por el artículo 431.

Nada más hay que agregar sobre este punto.

CUARTO.—QUE EL PROCESADO NO INTERVINO EN LA CONSTRUCCION DEL "ESTABLO O CABALLERIZA"

En esta obra, acerca de la cual se habló en extenso en el auto de proceder, afirma el señor defensor que se hizo por orden directa de Rojas Pinilla, quien la concibió y planeó, sin que de manera alguna el entonces Gobernador de Córdoba tomara ingerencia en la construcción. La participación del Departamento estuvo a cargo de la Secretaría de Agricultura, dependencia departamental que invirtió fondos destinados en el presupuesto para obras de esa naturaleza. En consecuencia, la inversión fue legítima y ningún cargo penal puede imputarse al señor García Sánchez.

Los interrogantes que sobre este punto concreto de la investigación formula el doctor Londoño y Londoño, porque los debe precisar el auto de proceder, están resueltos precisamente en esa provi-

dencia. Allí se dijo con toda claridad que fondos destinados a campañas agropecuarias se utilizaron en beneficio exclusivo de una propiedad privada, que el establo no era para beneficio común de los ganaderos de la región, y que de lo hecho por la Secretaría de Agricultura no sólo estuvo al tanto, sino que prohijó esa inversión oficial el señor García Sánchez.

QUINTO.—FUERZA DEL DECRETO 00639

"Es absolutamente notorio, tanto en el auto de 17 de junio como en el de llamamiento a juicio, que la H. Sala concede un valor mínimo a unas pruebas —que no fija, pondera y analiza— sobre la presunta intervención de don Miguel García en todos estos hechos, pero que, en cambio, le atribuye valor de plena prueba al Decreto 00639 de 11 de septiembre de 1956 expedido por la Gobernación de Córdoba y por medio del cual se autoriza para la celebración de un contrato de construcción de una caseta auxiliar del aeródromo".

Dice lo anterior el señor defensor para tratar de demostrar que por tal acto administrativo es jurídicamente impropio edificar el cargo de peculado, primero, porque se trataba de una obra pública, destinada, además, a un servicio público, y segundo, porque la aprobación impartida por el Tribunal Administrativo al contrato hace tránsito a cosa juzgada, lo que enerve toda controversia judicial.

Lo que el Código Contencioso Administrativo preceptúa, de acuerdo con las disposiciones que se citan en el alegato, hace relación a la validez del contrato para los efectos que son propios en cuanto a su cumplimiento, pero si la actuación administrativa, por causa del decreto o del contrato subsiguiente, comporta una conducta delictiva, mal podría una autoridad administrativa enervar la acción penal, en un todo independiente y autónoma.

Carece, pues, de significación jurídica ese argumento.

SEXTO.—CRITICAS EN CUANTO AL CARGO DE SUMINISTRO DE COMBUSTIBLES

No le "parece suficientemente claro el auto —al señor defensor— en cuanto a cargos por suministro de combustibles empleados de diverso modo en la hacienda de "San Antonio", y entiende el recurrente que de modo indebido el auto de proceder multiplicó las acusaciones por dicho concepto.

No es así. Simplemente la Sala hizo referencia a las diversificadas formas de uso indebido de los fondos oficiales y destacó, en cuanto a los combustibles se refiere, que en muchos casos, se le suministraron a la finca "San Antonio", no para alimentar el equipo mecánico de propiedad oficial, sino para el uso doméstico de la hacienda.

Con todo cuidado y sin ninguna prevención el auto calificador estudió este punto y nada nuevo que permita a la Sala cambiar su criterio al respecto abona en su alegato el doctor Londoño y Londoño.

SEPTIMO. — OTRAS CRITICAS AL AUTO DE PROCEDER

En este acápite el señor defensor vuelve sobre los mismos argumentos contenidos en anteriores alegatos y formula algunos reparos, por cierto inexactos, al llamamiento a juicio. Hasta donde es posible seguir el curso de su desodernada crítica la Sala hará las observaciones del caso, a saber:

a) El contrato de permuta sobre la hacienda "San Antonio" se hizo el 18 de junio de 1953. La Asamblea Constituyente eligió al General Rojas Pinilla el 15 de julio del mismo año. Luego en la primera fecha ejercía **de facto** la presidencia de la República. (Junio 18 de 1953).

b) Los hechos que se imputan al señor García Sánchez tuvieron cumplimiento antes del 10 de mayo de 1957. Luego carece de interés procesal dar por cierto que el cargo de Gobernador lo desempeñó hasta ese día

c) La inversión de fondos oficiales en la **construcción** o **ampliación** de una pista de aterrizaje en la finca de "San Antonio" es un hecho demostrado. Si el auto expresa que el Departamento hizo la inversión para mejorar, ampliar o tecnificar una obra ya iniciada o existente, tomó en cuenta para ello los datos del proceso que indican que en primer término otras entidades oficiales habían iniciado su construcción. Y sea que el Departamento cooperara en uno u otro sentido, la ilicitud es la misma porque en ambos casos la aplicación de los fondos oficiales era en beneficio de un particular.

d) Glosa el memorialista el auto calificador porque en él no tuvo en cuenta la Sala las supuestas intenciones del señor Rojas Pinilla de ceder (no se sabe cuándo) los terrenos ocupados por el aeródromo al Departamento de Córdoba. Y aun-

que admite que el argumento de la Corte es en parte verdadero, en el terreno civil, pretende demostrar que la **intención** en materia criminal es cuestión fundamental. Ello es así cuando se estudia en su completa integración el **iter criminis**, pero las intenciones en sí mismas, aisladas, carecen de relevancia en el derecho penal.

e) Grave pecado considera el doctor Londoño y Londoño el haber prohijado la Sala el concepto del señor Procurador Delegado en cuanto a alguno de los cargos debatidos. El señor Agente del Ministerio Público es parte en los procesos penales y nada impide al Juez de derecho incorporar a una providencia la vista fiscal. Eso apenas indica la conformidad de criterio con el colaborador. Lo mismo podría aceptar y reproducir conceptos del defensor, de estar de acuerdo con él.

f) De nuevo recalca el alegato lo relativo a la cuantía del ilícito para insistir en que no hay prueba del cuerpo del delito. Ya de este aspecto del informativo se ocupó la Sala al principio de la providencia.

g) Porque el señor García Sánchez no fue indagado desde "el principio" de la investigación "para que tuviese en indagatoria el "oportuno apercibimiento de la acusación". "Para que se descargase; para que con apoderado contrainterrogara los testigos, solicitara careos, pidiera pruebas, tachara peritos, interviniera en la inspección ocular, interviniera en la pericia; redarguyera la pericia, en fin para que ejercitara su derecho constitucional de defensa", la defensa acusa de nulo el proceso, y a la Corte de haber guardado silencio frente a "esta degradante monstruosidad".

Nada más reñido con la realidad procesal que la afirmación de que en el curso de la instrucción sumaria fueron conculcados los derechos del señor García Sánchez. Si el funcionario investigador no tomó la indagatoria apenas iniciado el sumario, ello nada indica en cuanto a los derechos del sindicado; la ley no ha señalado un término perentorio sino para el caso de estar **detenido** e **incomunicado**, y no por practicarse tardíamente la diligencia se cerraban los caminos de defensa. Prueba de ello es que en todo momento, desde su vinculación a la sumaria, ha intervenido por medio de su apoderado, quien no ha cejado en el laudable empeño de sincerar la conducta de su representado.

h) En la parte motiva del auto de proceder no prohibe el artículo 431 del C. de P. P. especificar con todas sus modalidades y circunstancias el hecho imputado. Por el contrario, es deber del calificador hacer concreto el cargo.

i) Sobre dos puntos concretos del alegato quiere la Sala hacer necesarias aclaraciones, principalmente porque el distinguido patrono del señor García Sanchez tergiversa algunos conceptos contenidos en el auto de vocación

Si en éste la Sala hizo mención del artículo 739 del Código Civil, fue porque a él el propio señor García Sánchez, bajo la dirección de su apoderado, se refirió en declaración indagatoria. Y en la misma disposición el propio apoderado hizo hincapié para demostrar que los derechos del Departamento quedaban a salvo.

De la misma manera, cuando la providencia recurrida se refiere a obras de servicio público, y afirma que compete al legislador definir qué obras u empresas tienen ese carácter, precisamente deslindó los dos conceptos que el señor apoderado confunde: **obra pública** y **servicio público**. Con toda claridad se expresó en el proveído que todos los aeródromos —excepción de los militares— son de servicio público, por disposición de la ley, y que son de servico público todas las empresas consideradas así por el Código Sustantivo del Trabajo, según cita se hizo al respecto.

* * *

Estima la Corte que las principales objeciones formuladas al auto de proceder son las atrás comentadas. Cierto es que el señor defensor, aparte de las expresamente consignadas en esta providencia, repite todas las críticas hechas antes de calificar de fondo el proceso. Pero ningún elemento nuevo de juicio aporta que permita a la Sala reconsiderar la vocación a juicio.

Resta advertir que la Sala no se siente obligada a considerar el alegato del doctor Londoño y Londoño en la parte que destina a un examen político del sistema de gobierno vigente de 1953 a 1958. Todo ello y las personales apreciaciones del recurrente son cuestiones ajenas al debate judicial abierto en el proceso por peculado contra el señor García Sánchez.

Lo expuesto es suficiente para que la Corte no acceda a reponer el auto de vocación a juicio, en la forma solicitada por el señor defensor. Se repondrá sí en la parte resolutiva de acuerdo con la petición fiscal.

Así, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justica en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA la reposición solicitada

por el doctor Fernando Londoño y Londoño, como defensor del señor Miguel García Sánchez, de la providenica a que se ha hecho mérito. Se modifica la parte resolutiva de dicho auto, cuyo ordinal PRIMERO quedará así:

"Llámase a responder en juicio criminal de única instancia, de conformidad con las normas previstas en el Capítulo I, Título II, Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal y Decreto número 1.231 de 1951, al señor MIGUEL GARCIA SANCHEZ, ex-Gobernador del Departamento de Córdoba, por el delito de PECULADO, de que trata el Capítulo I, Título III, Libro Segundo del Código Penal, y Decreto número 1.858 de 1951, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y cúmplase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis E. Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

NO ES DABLE IMPUGNAR UNA SENTENCIA CON BASE EN LAS CAUSALES 4ª Y 1ª, SOSTENIENDO QUE LA EXISTENCIA DE LA CAUSAL PRIMERAMENTE CITADA CONDUCE EL DEBATE HACIA ESTA ULTIMA, O VICEVERSA, POR CUANTO LA EXISTENCIA DE UNA NULIDAD EN FORMA ALGUNA CONSTITUYE UNA VIOLACION A LA LEY PENAL SUSTANTIVA POR "ERRONEA INTERPRETACION O POR INDEBIDA APLICACION DE LA MISMA". — POR LAS MODALIDADES DE LOS JUICIOS QUE SE DESARROLLAN CON LA INTERVENCION DE CONSEJOS VERBALES DE GUERRA, LOS DERECHOS Y GARANTIAS DE QUE DA CUENTA EL ARTICULO 26 DE LA CARTA, ESPECIALMENTE LOS RELATIVOS A LA DEFENSA DEL ACUSADO, SE OTORGAN EN FORMA DISTINTA A LA QUE CORRESPONDE A LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS

Entre las causales 1ª y 4ª del artículo 567 del C. de P. P., no existe concordancia, ni sus efectos son los mismos cuando la casación prospera.

Por su misma restricción a las leyes penales sustantivas, la invocación de la causal 1ª resulta extraña cuando los vicios que se atribuyen al proceso dicen relación a sus formas, trámites o procedimiento, **de los cuales puedan generarse nulidades constitucionales o legales.**

Si la impugnación del fallo no se refiere a la violación de la ley penal, en los términos y circunstancias que la causal primera de casación consagra, ni se hace referencia a otra u otras que con ella pudieran vincularse, necesariamente el recurso no puede prosperar por este aspecto ya que las pretendidas nulidades sólo admitirían ser examinadas frente a la causal cuarta, independiente, en sus fundamentos y en sus consecuencias, de la primera.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio veintiuno de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Por sentencia de 6 de mayo del año próximo pasado, el **Consejo de Guerra Verbal** convocado por el Comando de la Brigada de Institutos Militares, con asiento en Bogotá, condenó a RAFAEL GALLO QUINTERO, Cabo 2º de las Fuerzas de Policía, como responsable del delito de **homicidio militar,** a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más a las accesorias pertinentes. Esa decisión la confirmó el Tribunal Superior Militar en fallo de 3 de diciembre del mismo año y contra él, por medio de apoderado, interpuso el reo recurso extraordinario de casación.

Surtidos los trámites propios a éste, la Sala procede a decidir de fondo.

HECHOS:

Su relación la omitió el recurrente en su escrito de demanda, informalidad que la Corte excusa por entender, no en este caso particular sino en todos, que más debe estarse a los aspectos sustantivos del recurso que a sus aspectos formalistas, máxime cuando esa deficiencia en nada afecta los fines propios de la casación.

Los hechos que dieron origen al proceso están historiados en la sentencia de primer grado en estos términos:

"Era el día veintisiete de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro en el municipio de Bosa (Cundinamarca). En aquella localidad se encontraban prestando sus servicios al Estado JOSE DE JESUS SANCHEZ como Alcalde; RAFAEL GALLO QUINTERO, como Comandante de la Sub-Estación de Policía y JORGE ARTURO TARQUINO, como Alcalde de Cárceles. En las horas de la tarde del día mencionado, el señor Alcalde le dio la orden al Cabo Gallo Quintero de capturar al doctor Hoyos, persona conocida en la localidad y quien por aquella época se dedicaba a los negocios urbanísticos. El sub-oficial se negó

a su cumplimento, alegando la hora avanzada y la carencia de orden escrita. Esto dio origen para que se suscitara una discusión, en el sentido de la superación en el mando, el uno porque estaba investido de las calidades de Burgomaestre y el otro porque era Comandante de la Policía, con superiores militares. Este altercado no tuvo mayor trascendencia y el Alcalde se ausentó de la tienda donde había ocurrido, encontrándose en el recorrido con el agente Rincón, a quien le manifestó el incidente; éste a su vez le expresó voluntariamente que cumpliría la orden, siempre que se le diera por escrito. En efecto, se dirigieron a la Alcaldía, junto con el secretario, para elaborar las órdenes pertinentes. Entre tanto el cabo Gallo Quintero, analizando que podría ser acusado por el incumplimiento de la orden, condujo a la Guardia del Cuartel de la Policía, situada en el primer piso del Palacio Municipal, a dos testigos presenciales del incidente, para que consignaran en el libro de novedades la forma ilegal del procedimiento del Alcalde y el estado en que se encontraba. Enterado el Alcalde Tarquino de lo que pretendía el Cabo Gallo, le enrostró su proceder, manifestándole que el que mandaba era el señor Alcalde Sánchez, motivándose una discusión, la que el Alcalde zanjó; diciéndole a los testigos que se retiraran y volviendo nuevamente a su despacho. Inmediatamente el sub-oficial Gallo sacó el fusil de su dormitorio, situado en el mismo edificio, y desasegurándolo, le disparó a Tarquino, causándole lesiones que le produjeron la muerte".

LA DEMANDA

Luégo de advertir el abogado recurrente que el "objeto de este recurso es obtener la invalidación y anulación de tal sentencia, por concurrir varias de las causales señaladas por la ley como motivantes de la casación, y que se pasan a expresar a continuación, para que la Corte o invalide el fallo y dicte el que deba reemplazarlo, o para que devuelva el proceso al Tribunal Superior Militar para que reponga el procedimiento", invoca concretamente las causales **primera** y **cuarta** de las previstas en el artículo 567 del C. de P. P.

Causal primera. La señala el demandante sin abonar razón alguna para sustentarla, pues ni siquiera explica en qué forma la sentencia es violatoria de la ley penal "por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma". Involucra, con notoria ausencia de técnica, esa causal que, al decir del recurrente, "puede armonizarse con lo prescrito en el mismo artículo citado y en numeral 4º", que se refiere al caso de ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Aparte de que entre las dos causales no existe concordancia, ni sus efectos son los mismos cuando la casación prospera, para nada el demandante ataca la sentencia por una violación sustantiva del Código de Justicia Penal Militar.

"Es evidente —dice el señor apoderado— que la sentencia recurrida viola la ley penal sustantiva y adjetiva, pero sobre todo la doctrina constitucional contenida en el artículo 26 de la Carta". Y agrega: "Como lo ha sostenido la H. Corte, la violación del artículo 26 de la Constitución es motivo de casación, porque esta disposición está por encima de todo lo que taxativamente pueden decir las disposiciones legales que enumeran los casos en que procede la casación penal".

Para descartar de una vez la causal primera, suficiente es decir que por su misma restricción a las leyes penales sustantivas su invocación resulta extraña cuando los vicios que se atribuyen al proceso dicen relación a sus **formas, trámites o procedimiento,** de los cuales puedan generarse nulidades constitucionales o legales.

Si la impugnación del fallo, como se ve claramente de los términos de la demanda, no se refiere a la violación de la ley penal, en los términos y circunstancias que la causal primera de casación consagra, ni se hace referencia a otra u otras que con ella pudieran vincularse, necesariamente el recurso no puede prosperar por este aspecto ya que las pretendidas nulidades a que hace alusión el libelo sólo admitirían ser examinadas frente a la causal cuarta, independiente, en sus fundamentos y en sus consecuencias, de la primera.

Con todo acierto replica el Ministerio Público al referirse a esta parte de la demanda:

"Considero conveniente anotar que la demanda carece de la técnica propia y especialísima del recurso intentado, pues en ella se mezclan, dentro del planteamiento propio de una causal, argumentos tendientes a sustentar otra, lo que hace en extremo confuso su entendimiento.

"Las causales de casación tienen un radio de acción por llamarlo así, que les es peculiar, ya que la existencia de cada una de ellas, obedece a circunstancias perfectamente alinderadas que pueden tener ocurrencia en los procesos, orientadas

sí todas, a conseguir los altos fines que hacen plausible la existencia de este recurso.

"Así las cosas, dentro del rigorismo consubstancial a esta acción, debe existir siempre una causal que se alegue como principal y otra u otras como subsidiarias, bien sea porque el pedimento planteado sobre la causal principal produzca situaciones que sólo pueden resolverse mediante otra causal, como sería el caso de la causal segunda que generalmente confluye en la primera, o ya por considerar el demandante que de no prosperar el ataque estructurado sobre la causal principal, lo pueda ser sobre la subsidiaria.

"Sin embargo, esto lógicamente tiene un límite, so pena de desvertebrar la demanda y hacerla carente de todo valimento en Derecho.

"Cree en consecuencia el Ministerio Público que no es dable, como acaece en la demanda a que me vengo refirendo, impugnar una sentencia con base en las causales cuarta y primera, sosteniendo que la existencia de la causal primeramente citada conduce el debate hacia esta última, o viceversa, por cuanto la existencia de una nulidad en forma alguna constituye una violación a la Ley Penal "por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma". Además, si de acuerdo con los ordinales a) y b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, son distintas las consecuencias si la Corte acepta la existencia de una u otra causal, es inconducente a todas luces la petición así enderezada".

Causal cuarta. Para fundar en esta el recurso y tratar de demostrar que la sentencia recayó en un juicio viciado de nulidad porque en él se violaron las garantías fundamentales establecidas en el artículo 26 de la Constitución Nacional, el señor apoderado señala los vicios de la actuación así:

"Del estudio de este juicio se deducen los siguientes hechos: a) La investigación se llevó a cabo a espaldas del sindicado Rafael Gallo Quintero, desde su iniciación hasta el folio 68 del cuaderno principal, y en gran parte bajo la dirección del Alcalde José de Jesús Sánchez, enemigo personal del sindicado, y quien se halla envuelto en la investigación misma, como responsable, sin ser recusado, ni declararse impedido para avocar el negocio, como ha debido suceder moral y legalmente. Naturalmente sin la presencia del sindicado, y estando la investigación en manos de un adversario, los resultados tenían que ser contrarios a los intereses de aquél y de la justicia. Para logar estos fines preconcebidos, no se indagatorió al Cabo Gallo Quintero sino ya tardíamente el 14 de julio de 1954, folio 69, con el objeto de que no pudiera hacerse parte en el juicio, ni intervenir en la recepción de las pruebas, ni ejercer ninguna otra forma de defensa judicial sino cuando ya todo fuera un hecho cumplido.

"b) Al folio 142 del expediente se halla el memorial del apoderado del sindicado, contentivo de una solicitud de práctica de pruebas esenciales e indispensables para la defensa del inculpado, petición dirigida al Comandante de la Brigada de Institutos Militares. Al folio 144 obra un concepto del Auditor Tercero de Guerra, de fecha 2 de septiembre de 1954, en que se solicita la práctica de las dichas probanzas, con designación de un funcionario para que las reciba. No obstante lo anterior, nada se resolvió sobre el particular, ni se nombró investigador, privando así al sindicado del medio de realizar su defensa.

"c) Por Resolución número 232 de 1957 (16) de octubre, emanada de la Brigada de Institutos Militares, visible al folio 168 del proceso, se convocó el Consejo de Guerra Verbal para juzgar al Cabo Rafael Gallo Quintero, dentro de un término perentorio de dos días, como para no dar lugar a que el defensor pudiera cumplir su misión. Este hecho inaudito, se pone más de relieve con la nota del mismo 18 de octubre de 1956 (folio 170) proveniente del Presidente del Consejo de Guerra, en la cual se manifiesta que hasta esa misma fecha no se nombró defensor por el sindicado, cuando ya estaba reunido el Consejo de Guerra, donde no podría actuar el defensor civil que antes representara a Gallo Quintero (artículo 71 del Código de Justicia Penal Militar). Así pues queda demostrado que no hubo oportunidad para que el defensor de Gallo Quintero pudiera ejercer su misión, por falta de tiempo.

"En cuanto a la actuación procesal del segundo Consejo de Guerra, cuyo veredicto informa la sentencia recurrida, se observa: la convocatoria se hizo por medio de la Resolución número 069 de 7 de abril de 1958 del Comando de la Brigada de Institutos Militares, que obra al folio 224 del expediente; en dicha resolución se designa el 9 de junio del mismo año para reunión de Consejo de Guerra, y al integrar los miembros del personal del mismo Consejo, dispone que se posesionen ante el Comando de la Brigada de Orden Público del Tolima. Pues bien: en esta oportunidad ocurren las anomalías irregularidades y nulidades más protuberantes. En primer término se observa en el acta de posesión visible al folio 225, que

los miembros del personal del Consejo de Guerra no se posesionaron ante la Brigada de Orden Público del Tolima, como se había ordenado, sino que lo hicieron ante la Brigada de Institutos Militares de Bogotá, entidad y lugar perfectamente distintos de los señalados por la Resolución de convocatoria.

"Lo más grave del caso, radica en que no obstante haber estado convocado el Consejo de Guerra para el día 9 de junio de 1958, según la Resolución (folio 224), dicho Consejo, de modo inexplicable, se inició el 9 de abril del mismo año (folios 254-268) y se terminó el 14 del mismo mes, violando expresamente la orden de convocatoria.

"Los hechos anteriores, de extrema gravedad, están demostrando que no se dieron al sindicado Rafael Gallo Quintero las garantías procesales de que trata el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque claramente no se observaron las formalidades propias del juicio.

"Fuera de lo anterior y conforme a lo dispuesto en el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, se observa que varios de los hechos anotados se hallan expresamente determinados como causales de nulidad general, por haber celebrado públicamente el juicio en fecha distinta a la acordada, y ante personas que actuaron como miembro del Consejo, sin estar legalmente posesionados.

"En esta forma, quedan fundamentadas las dos causales de casación alegadas, en los hechos enunciados".

Ciertamente hay que admitir que hubo algunas informalidades en el curso del proceso pero no por haber ocurrido cabe afirmar que se vulneraron los derechos y garantías de que da cuenta el artículo 26 de la Carta, especialmente los relativos a la defensa del acusado que, por las modalidades del juicio (Consejo Verbal) se otorgan en forma muy distinta a la que corresponde a los procedimientos ordinarios.

Como el señor Procurador analiza con propiedad todos y cada uno de los cargos que sobre el particular formula el demandante, la Sala acoge, sin reservas, su breve y atinado concepto:

"Considera el recurrente que en el proceso de la referencia se incurrió en las siguientes nulidades: a) Que al sindicado no se le le llamó a rendir indagatoria sino después de un tiempo de iniciada la investigación; b) Que no se practicaron las pruebas oportunamente solicitadas por el apoderado del procesado; c) Que se conculcó el derecho de defensa de Gallo Quintero con la convocatoria de un Conseo de Guerra a brevísimo plazo hecho por Resolución número 232 de 1957; d) Que los integrantes del nuevo Consejo de Guerra convocado por Resolución 69 de abril 7 de 1958 no se posesionaron ante la entidad que en dicha Resolución se señalaba y e) Que en la Resolución últimamente citada se fijaba el día 9 de junio de 1958 como fecha en la cual debiera iniciar sus sesiones el Consejo de Guerra Verbal, habiéndose éste instalado el 9 de abril del mismo año.

"Dichos cargos los contesto, en su orden así:

"a) En forma alguna puede generarse una nulidad cuando el sindicado no es llamado rápidamente a rendir indagatoria, por cuanto es atribución del funcionario de instrucción ordenar la recepción de las pruebas en la forma que lo estime más apropiado para el éxito de su cometido.

"La nulidad en una diligencia de indagatoria podría existir cuando ésta no se celebra con todas las formalidades prescritas por la ley, situación ésta que no aparece en la declaración injurada de Gallo Quintero.

"b) El artículo 422 del Decreto 2.900 de 1953 disposición legal vigente a la fecha en que se celebró el segundo Consejo de Guerra Verbal que juzgó a Gallo Quintero, regulaba la forma en que dentro de las sesiones de él, se practicaban las pruebas solicitadas; esta norma tenía aplicación, existiera o nó investigación previa al consejo.

"La brevedad que informa esta clase de procedimientos exige como requisito indispensable para la práctica de pruebas, que ellas sean practicadas inmediatamente.

"No ve el Ministerio Público en consecuencia en qué forma pudo incurrirse en una nulidad, al haberse ajustado los falladores rigurosamente al texto legal anteriormente citado.

"c) Lo manifestado por el recurrente respecto de la Resolución 332 de 1957 no viene al caso, toda vez que el Consejo de Guerra por ella convocado terminó con una sentencia en la cual se declaraba contraevidente el veredicto de los Vocales de dicho Consejo, providencia que fue confirmada por el Tribunal Superior Militar en sentencia de febrero 6 de 1958, y en la cual se ordenaba a la vez, la convocatoria de un nuevo Consejo de Guerra Verbal que definiera la situación jurídica del proceso. Además, el traslado a los defensores se surtía dentro de las sesiones del Consejo, y no antes de ellas, como lo ordenaba el artículo 426 del Decreto 2.900 de 1953, vigente en ese entonces.

"d) Tampoco puede constituír nulidad el que

los integrantes de un Consejo de Guerra Verbal no se posesionen ante la entidad señalada en la respectiva Resolución de convocatoria sino ante quien la profirió, por cuanto si quien lo convoca puede delegar esa facultad, a las claras esto indica que él tiene sobradas atribuciones para darles posesión de sus cargos; por lo demás la Brigada de Orden Público a que se refiere la Resolución 69 de abril 7 de 1958, no tuvo existencia jurídica nunca.

"e) Considera gravísimo el recurrente el que en la Resolución anteriormente citada se hubiera señalado el día 9 de junio de 1958 como fecha de la instalación del Consejo de Guerra en ella convocado, y que éste se hubiera instalado el 9 de abril de ese mismo año.

"No requiere un gran esfuerzo el concluír que estamos en frente de un clásico error de copia, cometido por quien escribió la Resolución de convocatoria, ya que todas las actuaciones posteriores a ella nos llevan a la conclusión incuestionable, de que el Consejo de Guerra Verbal se reunió oportunamente.

"Un simple error de esta naturaleza jamás conlleva una nulidad, por cuanto la trascendencia que en el proceso tiene ella, hizo que la ley la delimitara taxativamente, para evitar que hechos intrascendentes como éste, tuvieran a la postre la virtualidad de invalidar lo actuado.

"Si lo anterior es así, mucho menos circunstancia como la alegada puede ascender a la categoría de nulidad de orden constitucional, ya que la preeminencia que esa nulidad tiene, consulta razones de más hondo contenido jurídico-social que la existencia de un error como el anotado".

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis E. Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

LA APRECIACION DE LAS FALTAS LEVES COMETIDAS EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA CORRESPONDE AL SENTENCIADOR.—LA ALTERACION DE UNA PALABRA EN UNA DEMANDA NO CONSTITUYE FALTA CONTRA LA ETICA PROFESIONAL

1.—La sola alteración de una palabra modificada viene a carecer de significado antisocial y dañoso, es decir, de antijuricidad. Sería como haber corregido un error de ortografía o un lapsus calami, **aunque inoperante.**

El hecho así enfocado, a virtud de defecto probatorio para una apreciación distinta, resulta inconveniente o censurable, pero no antijurídico, desde el punto de vista material u objetivo.

2.—La Ley 69 de 1945, al ordenar la represión de faltas leves, **sin definir cuáles sean éstas, defirió el problema al de la antijuricidad material, apreciada, en cada caso, por los falladores.**

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, veinticinco de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

El doctor Luis Enrique Valenzuela Ramírez, cuya calidad de abogado en ejercicio se acreditó debidamente, adelantó, a nombre propio, juicio ordinario laboral contra la señora Rosa Ossa vda. de Trujillo, ante la autoridad competente, y en la demanda manifestó textualmente:

"**Solictaré** la intervención de abogados titulados para que en calidad de peritos aprecien el valor de los honorarios profesionales a que tengo derecho por el trabajo realizado". (Subrayas de la Sala).

Ello es que, después de fallado el pleito en la primera instancia, se adelantó el trámite correspondiente a la segunda, ante el Tribunal Superior de Neiva, Sala Laboral; allí, mientras se adelantaba una audiencia de las llamadas de trámite, el doctor Valenzuela solicitó se le franqueara el negocio, y, delante de otras personas, cambió el verbo "solicitaré" por la expresión "solicito", ocurrencia que dio origen a esta investigación, por creerse constitutiva de falta contra la ética profesional dicha conducta.

En fallo del 14 de febrero último, el Tribunal Superior de Neiva puso fin a la actuación, declarando "que no hay lugar a imponerle sanción alguna" al acusado. Se ordenó la consulta legal, y, por este concepto, el negocio se halla a conocimiento de esta Corte.

Para resolver, SE CONSIDERA:

Primeramente, parece útil aludir a las diversas tesis que se han planteado, alrededor del asunto, que son: de una parte, la propugnada en el fallo y seguida por el señor Procurador; y de la otra, la que plantearon los señores Magistrados que salvaron el voto.

La primera puede sintetizarse en este aparte de la sentencia:

"Según estos principios, la referida enmienda que ha dado lugar a esta queja no ha lesionado ningún interés jurídico de la contraparte querellante y por consiguiente no hubo ninguna falta leve contra la ética profesional del abogado. De lo contrario, cualquier torpeza en el adelantamiento de los juicios cometida por los representantes de las partes podría ser motivo de sanción disciplinaria. Tampoco puede hablarse de faltas graves, de las previstas en el artículo 10 de la Ley 21 de 1921 a que se remite el artículo 16 de la Ley 69 de 1945, en ninguno de cuyos casos puede incluírse la actuación del doctor Valenzuela Ramírez, aunque en realidad es censurable".

La Procuraduría expresa:

"....con fundamento en simples suposiciones o conjeturas no es dable dictar fallo condenatorio de ninguna especie, así se trate de hechos constitutivos de faltas contra la ética o el decoro profesionales del abogado, pues como ha dicho la H. Corte, tales hechos deben aparecer plenamente probados para que pueda proferirse condenación".

La segunda tesis se fundamenta por los Magistrados disidentes en estas razones:

"Se trata en el presente caso de la alteración material de la demanda, pieza que, una vez presentada, reviste el carácter de documento público".

"Esa alteración consistió en cambiar la palabra "solicitaré" por "solicito", cambio cuyos fines el acusado ha explicado como inocentes. ¿Los (sic) serían en realidad? Quizá el querellado buscaba colocarse en situación de poder pedir en la segunda instancia la prueba pericial que le interesaba y que no se practicó en la primera. Es presumible que él pretendía quedar en capacidad de invocar el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo, el cual dispone que las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas en la primera instancia. Con el cambio de la palabra "solicitaré" por la palabra "solicito", la prueba aparecía pedida desde la demanda. Si el interesado no solicitó la prueba ante el Tribunal, en la primera audiencia, ello pudo obedecer a la circunstancia de haberse advertido la alteración, de la cual el secretario dejó oportuna constancia en el expediente".

"Por no haberse pedido ni decretado la prueba, la enmienda "que ha dado lugar a esta queja no ha lesionado ningún interés jurídico de la contraparte querellante", como bien lo dice el fallo, pero de allí no se sigue que "no hubo falta contra la ética profesional del abogado".

"Si hubiera de deducirse malicia o dolo en la comisión del hecho, podría configurarse un delito de falsedad en ocumento público; pero descartando esta hipótesis y aceptando las explicaciones del acusado, siempre queda en pié el hecho material de la alteración, que en nuestro concepto implica una violación de la moral profesional, porque las partes están obligadas a guardarse lealtad en el debate, de conformidad con el principio enunciado en el artículo 49 del Código Procesal del Trabajo. A esa lealtad creemos que se ha faltado, y si la falta no constituye delito, debe en nuestro concepto sancionarse disciplinariamente".

La Sala considera básicos al respecto los descargos del abogado, que son de este tenor:

"Al releer mi demanda y mis escritos, en presencia del Secretario y de la señorita mecanógrafa, le comenté al Secretario: "Sí que soy majadero, aquí cometí un erro gramatical; en vez de poner "solicito" he escrito "solicitaré"; hágame el favor, señor Secretario, de prestarme su estilógrafo para hacer la corrección". El señor Secretario me facilitó su estilógafo y en su mesa de trabajo, con su estilógrafo y en su presencia (y en presencia también de la señorita mecanógrafa) hice la correspondiente corrección. Si de mi parte hubiera existido, por un solo instante, mala intención o conciencia de proceder indebido, otra hubiera sido mi actitud: bastaría haber hecho la corrección clandestinamente, con ocultamiento y disimulo y sin que nadie se percatara de ello. Pero procedí de manera contraria, franca, pública, ostentosa, precisamente porque no creía realizar nada indebido. Y algo más: una vez hecha la corrección, a pesar de que había sido en presencia del señor Secretario, procedí a mostrársela explicándole en qué consistía ella".

Se plantea, por lo visto, el problema del dolo: de parte del acusado, para negarlo y sustentar, al contrario, su plena buena fé; de parte de los Magistrados disidentes, para sostener que el elemento intencional es presumible en el caso, o que no es esrictamente necesario para estructurar la falta imputada.

Y, en realidad, si se diera a las faltas el tratamiento correspondiente a contravenciones, según la división del artículo 2º del C. P., tal punto de vista de dichos funcionarios podría ser razonable, supuesto que, por mandato del mismo Código, en ellas la sola acción u omisión hace responsable al agente (artículo 13).

Sin embargo, tales observaciones no son totalmente necesarias como fuentes directas de inculpabilidad del acusado, o de su culpabilidad, sino solo en cuanto puedan rozarse con otro elemento jurídicamente significante, cual es el de la **antijuricidad** de la acción incriminada, atributo que no corresopnde a dicho evento, desde el doble punto de vista de la antijuricidad **material** y la **formal.** En cuanto a la primera, porque no estando plenamente comprobado, como lo admite el salvamento de voto, el elemento intencional de la infracción, debe estarse, mediante la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 255 del C. de P. P., a las cualificaciones del acusado, que excluyen dicho factor. Despojado así su comportamiento de todo fraude o malicia, la sola alteración de la palabra modificada viene a carecer de significar antisocial y dañoso, es decir, de antijuricidad. Sería como haber corregido un error de ortografía o un **lapsus calami,** aunque inoportunamente. Y de hecho, es lo que alega el acusado.

El hecho así enfocado, a virtud de defecto probatorio para una apreciación distinta, resulta incon-

veniente o censurable, pero no antijurídico, desde el punto de vista material u objetivo.

En cuanto a la segunda, la verdad es que la ley 69 de 1945, estatuto de las faltas graves y leves de los abogados, no tipifica como constitutiva de falta la conducta incriminada al doctor Valenzuela Ramírez, es decir, el cambio de una palabra por otra, en una demanda ya presentada, sea de buena o de mala fé. En esas condiciones, ya no habría lugar a considerar si basta la simple acción u omisión para configurar el ilícito y su reprobabilidad, supuesto que la ley dejó la apreciación del hecho en sí al juicio de los falladores (artículo 8º ibídem). La ley dicha no define lo que sean faltas leves (y evidentemente, no se trata de las graves, definidas en el artículo 10º de la Ley 21 de 1931, al cual se refiere el artículo 16 de la Ley 69); y ante la ausencia de un tipo legal concreto en que se haya descrito la referida conducta como constitutiva de falta, por el solo hecho de su materialidad o comisión, es preciso admitir la ausencia de antijuricidad **formal.**

No pudiendo, de consiguiente, predicarse de tal comportamiento ninguna manera de antijuricidad, desaparece, como en los delitos, un factor que, doctrinalmente, se considera hoy como requisito indispensable de la ilicitud del hecho y de su penalidad. Y no cabe duda de que tal criterio analógico es aplicable también a las faltas, supuesto que ambas, delitos y faltas, son infracciones penales que tienen en su formulación legislativa un mismo origen, cual es la función, de derecho público, por medio de la cual el Estado conmina con una sanción a los infractores de sus ordenamientos, para fines de interés público o de defensa de la sociedad contra comportamientos que le son o pueden ser perjudiciales.

En resumen:

La Ley 69 de 1945, al ordenar la represión de faltas **leves,** sin definir cuáles sean estas, defirió el problema al de la antijuricidad material, apreciada, en cada caso, por los falladores. La Corte, en ejercicio de tal arbitrio que debe ser muy amplio para no lesionar el principio del "Nulum crimen, sine lege", encuentra que, en el caso imputado al doctor Valenzuela Ramírez, su conducta, tal como él la presenta en sus descargos, carece de conenido antijurídico, por más que sea inconveniente para el curso regular de los procesos y la absoluta lealtad que se deben las partes. Sobre tales bases, se confirmará la sentencia consultada.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, acorde con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez— Luis Eduardo Mejía Jiménez— Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio— Gustavo Rendón Gaviria —Pioquinto León L., Secretario.

PREVARICATO Y ABUSO DE AUTORIDAD COMETIDOS POR FUNCIONARIOS DEL MINISTERIO PUBLICO

Sin duda que un dictamen ("opinión y juicio que se forma o emite sobre una cosa") contra la ley, expresa o manifiestamente injusto, proferido, a sabiendas, por animadversión o por simpatía por un Fiscal, encaja dentro del tipo delictuoso previsto en el artículo 168 del Código Penal y puede acarrear la responsabilidad correspondiente, por prevaricato. Es también indudable que, a veces, no acreditándose el elemento moral del prevaricato (simpatía o animadversión), elemento que, en lenguaje psicológico, se llamaría mejor elemento afectivo, puede, no obstante, configurarse un abuso de autoridad, en la plenitud de los factores que le son propios.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, veiniticinco de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

La señora Francisca o Franziska Steckerl de Loewy dirigió, desde su domicilio de Barranquilla, un escrito a la Presidencia de esta Corte, por medio del cual manifestó presentar "denuncia por prevaricato y violación del artículo 92 del C. de P. P. contra el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Barranquilla, Dr. EDUARDO FUENMAYOR".

Una vez recibido en esta Sala Penal el mencionado escrito con sus documentos anexos, se proveyó de inmediato, comisonándose al Juzgado Primero Penal Municipal de Barranquilla para que citase a la denunciante y le recibiera la consiguiente ratificación de la denuncia. Esta comisión fue cumplida regularmente, y se abrió entonces la investigación, por medio de auto del 6 de abril de 1959, en curso.

Posteriormente, en proveído del 25 del mismo mes, se ordenó dar traslado del proceso al señor Procurador, con el objeto de que conceptuase en relación con la aplicabilidad al caso de lo dispuesto en el artículo 153 del C. de P. P.

Con fecha del 1º de los corrientes, dicho funcionario contestó el traslado, manifestando que debe darse aplicación a dicha norma legal, "pues los hechos denunciados no constituyen delito alguno".

RELACION DE LOS CARGOS Y VALORACION DE LOS MISMOS:

Siguiendo los que aparecen en las diligencias de ratificación de la denuncia, confusas y prolijas por otra parte, pueden extractarse los siguientes, en el mismo orden en que allí se formulan:

I

a) La denunciante fue motejada de "prostituta", durante una diligencia, estando presente el Fiscal Fuenmayor, "sin que éste hubiera intervenido como hombre y como funcionario".

Desde entonces, el Fiscal "no la saludaba".

b) En otra ocasión, le pidió **verbalmente** una copia de un concepto, y el funcionario se negó a dársela.

La denunciante concluye:

"Con estos incidentes, y con otros pequeños, que no valen (sic) la pena mencionar aquí, yo comprendí que el Fiscal Fuenmayor me tiene una animadversión tan expresada que se puede llamar enemistad grave".

SE OBSERVA:

"Sería absurdo aceptarlos (los cargos) como constitutivos de delito y no como el resultado de la convicción personalísima de quien se siente lesionada u ofendida a consecuencia de no ver satisfechas sus pretensiones, hasta la más mínima como la de no ser saludada por quien no tiene obligación alguna de hacerlo. Y bien sabido es que el derecho no tutela los intereses que son del dominio exclusivo del egoísmo personal; considerarse víctima de "enemistad grave" de un fun-

cionario con tales razonamientos es ver gigantes donde hay molinos de viento". (Concepto del señor Procurador).

En realidad, tiene toda la razón el señor Procurador, al hacer las observaciones precedentes; y, en cuanto a la significación de los hechos como presuntas bases o índices del elemento moral o subjetivo de un prevaricato (animadversión), resultan tan vagos y equívocos, que carecen de contenido probatorio. Ello con mayor razón, si se tiene en cuenta, como habrá de verse adelante, que el hecho central incriminado como delito de prevaricato (dictamen o concepto injusto), se presenta como perfectamente regular y ajeno a los elementos que configuran tal tipo delictuoso.

II

a) "Según mi parecer, expresa la denunciante, el señor Fiscal invitó a prevaricar al doctor Natera, porque él tenía que saber, siendo Fiscal en este negocio, que el sindicado Leevy no está ni ha estado un minuto detenido por el delito de bigamia, y como prueba de este hecho yo envié a la Honorable Corte una fotoscopia de una visita que debe aparecer en el expediente, a folio 90, 91 y 92 de mi denuncio, como prueba que lo que dice el doctor Fuenmayor es falso, y, además, en su visita a la casa el señor Fiscal se pudo convencer que el señor Loewy esuvo dentro de su casa? El informe del Visitador da plena fé por tratarse de un funcionario público que precisamente fue mandado a Barranquilla, para constatar en qué condiciones se encuentra el simbólicamente detenido señor Loewy".

b) Vuelve la denunciante sobre el cargo anterior, insistiendo y aclarando que "el Fiscal y el Magistrado Ponente, doctor Neira Pertuz, saben perfectamente bien que el señor Loewy nunca ha estado detenido ni preso por un minuto, por el delito de bigamia, y sin embargo, el doctor Fuenmayor afirma muy claramente en su oficio de 21 de enero que el sindicado Loewy, según el expediente, sufre la detención en su casa. Pregunto yo, Honorables Magistrados, ¿no es esa una falsa afirmación?".

SE OBSERVA:

Contra el señor Emilio Loewy se adelantó proceso por **bigamia**, figurando en él como presunta ofendida la señora Steckerl, denunciante del doctor Fuenmayor. Al señor Loewy lo llamó a juicio, por tal delito, el Juez competente, y se ordenó la correspondiente detención. Esta no se llevó a efecto en la Cárcel correspondiente, porque el procesado acreditó estar sufriendo de grave enfermedad, y, sobre esta base, se le permitió a él el permanecer en su casa, bajo la calidad de detenido. Esto dio margen a quejas de la denunciante, y se promovió averiguación administrativa que acreditó lo que acaba de anotarse. El Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla, a donde subió el proceso, en virtud de apelación, tuvo oportunidad de informar al respecto, y, efectivamente, lo hizo, solicitando además, ante el Tribunal, que se procediera a regularizar la situación del detenido, mediante vigilancia adecuada de su casa de habitación.

Tales son los hechos, debidamente probados en estas diligencias.

Acerca de los cuales y de los cargos respectivos, comenta el señor Procurador, y lo prohija esta Sala:

"En la anterior actuación del Fiscal no se observa cosa distinta del cumplimiento de su deber: hizo lo conveniente para procurar que la detención del señor Loewy fuera efectiva. En esta forma, no puede considerarse violado el artículo 92 del C. de P. P., por parte del funcionario acusado.

"Y más débil resulta el cargo cuando se trata de concluír que la petición del Fiscal era una invitación a prevaricar hecha al Magistrado Natera, cuando lo único cierto es precisamente lo contrario, vale decir se buscaba el cumplimiento de la ley".

"Que la afirmación del representante del Ministerio Público en el sentido de que el señor Loewy se hallaba detenido en su casa, es falsa, acusa la denunciante. Es ella misma la que destruye su aseveración cuando aporta al proceso copia del proveído en el cual se dispuso aceptar por cárcel la residencia de dicho sindicado (folio 66). De modo que lo dicho por el Fiscal es verdadero; no interesa que el informe de un Visitador de Min-Justicia hable de que "el doctor Loewy se encuentra simbólicamente detenido", pues el mismo afirma: "El doctor Loewy vive en su casa y trabaja en su fábrica sin vigilancia de ninguna clase". (Folios 91 y 92) que fue precisamente lo dicho por el Fiscal al Magistrado Natera, conforme lo reconoce la quejosa".

Queda clara, por lo expuesto, la completa licitud de la posición del Fiscal Fuenmayor, en lo referente a los hechos aludidos.

III

a) Dice la denunciante que el dictamen o concepto del doctor Fuenmayor, manifestado en su Vista ante el Tribunal Superior de Barranquilla, es "injurídico, contra la ley".

Al respecto, se engolfa en consideraciones personales suyas sobre la debida apreciación de determinadas pruebas allegadas a los autos. Afirma que "ni siquiera una de estas pruebas la menciona en su concepto fiscal"; que este "patrocina el engaño que hizo el señor Loewy con el Santo Padre"; que es una "osadía" la afirmación del Fiscal, en el sentido de que "el señor Loewy hizo todo lo que era (sic) a su alcance para estar seguro de que podía contraer nuevo matrimonio"; que es prueba de la "mala fé" del mismo el hecho de que no hubiera abierto investigación por falsedad en documentos, "'dándose cuenta que en en el certificado de matrimonio en segundas nupcias con Ligia Núñez, en Colombia, el señor Loewy declara su estado civil, como viudo, estando yo, su legítima esposa, viva"; que "el señor Fiscal en ningún momento ha cumplido con su deber ni al respecto de la detención del señor Loewy, ni al emitir concepto jurídico, porque considero que ha violado la ley, porque Colombia como país civilizado acepta como válido (sic) todos los matrimonios contraídos en el extranjero, por extranjeros, bajo la ley del lugar, como si fueran contraídos en Colombia"; y, en fin, que el doctor Fuenmayor ha debido solicitar sobreseimiento temporal, y no definitivo, como lo solicitó, en el caso de que faltaran pruebas.

b). En la segunda parte de la ratificación de la denuncia, se repiten prácticamente los mismos cargos, con sus correspondientes calificativos: que el doctor Fuenmayor "se convirtió en defensor y encubridor del delito cometido por el señor Loewy"; que "ha debido abrir una investigación, porque el señor Loewy se casó como viudo"; que emitió "un dictamen injusto por ser ilegal, colocándose como abogado titulado fuera de toda norma jurídica"; "que en ningún caso, si le faltaban algunas pruebas ha podido dictar (sic) un sobreseimiento definitivo, sino ordenar practicar estas pruebas según lo ordena la ley"; y así por el estilo.

SE OBSERVA:

De acuerdo con las anotaciones de la Procuraduría, que la Sala prohija, "el delito de prevaricato se configura en nuestra legislación con la presencia de los siguientes elementos: a) La calidad de funcionario o empleado público o ser persona que transitoriamente desempeñe funciones públicas, en el agente activo de la infracción; b) El dictar sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehusar, negar o retardar un acto propio de sus funciones; c) El hacer lo anterior a sabiendas, y d) Siendo el móvil de la actuación la simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros".

"La ausencia de uno cualquiera de los elementos anteriores, continúa el señor Procurador, podrá determinar la existencia de un acto reprobable desde el punto de vista moral, pero jamás se configurará el reato contemplado en el artículo 168 de nuestro estatuto positivo penal. Lo contrario sería cercenar el principio de "nullum crimen sine lege", consagrado en el artículo 1º del C. P.".

"Ahora bien: en el caso sub judice se halla acreditada la calidad de funcionario público del doctor Eduardo Fuenmayor pero por el contrario no se comprobó lo siguiente:

"1º Que hubiera emitido una sentencia, resolución o dictamen, pues dentro de sus funciones no se encuentra autorizado para ello ni por la Constitución ni por las leyes. En este aspecto, hay, pues, sustracción de materia".

"2º Que hubiera procedido a sabiendas al emitir su CONCEPTO, aun equiparándolo a una sentencia, resolución o dictamen: es decir, que emitiera su parecer con pleno conocimiento de que lo hacía en conrta de la ley, injustamente. El hecho de haber discrepado con otros funcionarios en sus opiniones jurídicas sobre la existencia del delito de bigamia imputado al señor Loewy no permite colegir su actitud dolosa frente al caso sometido a su estudio. En varias oportunidades ha expresado la H. Corte que dada la formación de la mente humana, las diversas capacidades intelectuales del hombre, la profundidad de sus conocimientos en el campo del derecho, la complejidad del tema tratado y otras circunstancias diversas, es utópico pensar que todos los juicios y razonamientos sean iguales, siempre; por el contrario, la misma dialéctica de las cosas enseña que de la disparidad de conceptos surge el progreso en todas las instituciones y ramas del saber humano".

"Apartarse de la opinión de un Juez, cuando se discute una tesis no corriente en el derecho penal,

es simplemente ese y nada más, si los argumentos que se utilizan para sostener puntos contrarios son fruto del estudio y no de la torpeza o precipitud. Tal es precisamente la posición que adoptó en el caso de autos el Fiscal acusado".

"3º En cuanto a la existencia de animadversión del doctor Fuenmayor hacia la señora Loewy no encuentra ningún asidero en la realidad procesal; basta leer los fundamentos en los cuales se hace descansar su afirmación la denunciante para descartar tal cargo, sin el menor esfuerzo intelectual".

En resumen:

Al señor Emilio Loewy se le procesó por el delito de bigamia, y se le llamó a juicio criminal. El auto correspondiente fue apelado, y el Fiscal doctor Fuenmayor, en la oportunidad procesal correspondiente, formuló su concepto de fondo. En este, sostuvo que la providencia enjuiciatoria debía revocarse, porque el procesado había incurrido en un error esencial de hecho, no proveniente de negligencia. No se conocen los puntos de vista del Tribunal, a este respecto. Pero, estudiado dicho concepto, nada puede encontrarse en él que implique ánimo deliberado de impugnar la verdad conocida. Se trata de un punto de derecho complejo y discutible, a cuyo estudio aplicó el funcionario diligencia, objetividad, razones de peso y la autonomía de criterio que las leyes garantizan. Luego la conclusión es obvia: no se cometió el hecho delictuoso denunciado, o sea, el prevaricato.

Sin duda que un dictamen ("opinión y juicio que se forma o emite sobre una cosa") contra la ley, expresa o manifiestamente injusto, proferido, a sabiendas, por animadversión o por simpatía por un Fiscal, encaja dentro del tipo delictuoso previsto en el artículo 168 del Código Penal y puede acarrear la responsabilidad correspondiente, por prevaricato. Es también indudable que, a veces, no acreditándose el elemento moral del prevaricato (simpatía o animadversión), elemento que, en lenguaje psicológico, se llamaría mejor elemento afectivo, puede, no obstante, configurarse un abuso de autoridad, en la plenitud de los factores que le son propios. En este doble sentido, la Sala glosa las opiniones de la Procuraduría. Pero ya se expresó por qué la conducta del procesado no constituye ni uno ni otro delito.

En cambio, será preciso ordenar se investigue el posible delito de falsas imputcaiones, en que pudo haber incurrido la denunciante.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, acorde en lo sustancial con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º Se declara que los hechos imputados al doctor EDUARDO FUENMAYOR, en este proceso, no son constitutivos de delito. En consecuencia, se dispone la cesación del procedimiento.

2º Expídanse las copias del caso y envíense a la autoridad competente, para la investigación del delito en que haya podido incurrir la denunciante.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

POR NO HABER INCURRIDO EN ABUSO DE AUTORIDAD POR DEMORAS EN LA INSTRUCCION DE UN PROCESO, SE SOBRESEE DEFINITIVAMENTE EN FAVOR DE UN EX-MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, julio treinta de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

Cerrada la investigación por auto de 22 de abril último en cuanto a la responsabilidad en que hubieran podido incurrir los Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué —doctores JESUS MARIA GUZMAN, JOSE ANTONIO CAYCEDO y DAVID RINCON BONILLA— al tramitar el proceso seguido al doctor Jorge Humberto Posada, Juez que fue del Circuito Civil del Fresno (Tolima), se dio traslado al Ministerio Público para concepto de fondo.

La Corte conoció en grado de consulta lo resuelto por el Tribunal en el caso del doctor Posada y lo confirmó en el sentido de que la acción penal contra este antiguo funcionario estaba prescrita.

"Si procede, pues, —agregó la Corte— confirmar la providencia consultada, también procede ordenar que se investigue la ostensible demora en instruir el informativo .... que debe circunscribirse a partir de la última actuación del Inspector Primero Municipal de Policía y Tránsito de Fresno..."

La Sala prohija el dictamen del Ministerio Público (folio 67 y ss.) y como fundamento de la presente providencia transcribe de él, a continuación, los siguientes apartes:

"El 17 de mayo de 1947 el señor Jorge T. Lozano denunció ante el Tribunal Superior de Ibagué al doctor Jorge Humberto Posada por abandono (por sexta vez) del cargo de Juez Civil del Circuito de El Fresno; el 13 de junio del mismo año el Tribunal comisionó al Juez Promiscuo Municipal de Ibagué para que le recibiera juramento al denunciante; **el 22 de enero de 1951,** o sea después de tres años y medio el negocio volvió al Tribunal; el 2 de febrero de 1951 el mismo Tribunal comisionó al Juez Penal del Circuito de Fresno quien a su vez impartió comisión al Inspector Municipal de Policía y Tránsito (20 de febrero de 1951); aquí se dictó el auto cabeza de proceso el 21 de febrero de ese año se notificó debidamente y devolvió el negocio sin otra actuación el 10 de octubre de 1952; recibido por el Juez Penal del Circuito de Fresno se comisonó, de nuevo, al Inspecor Primero Municipal de Policía y Tránsito **(6 de noviembre de 1953),** quien en la misma fecha ordenó cumplir el encargo, sin que se hiciera la menor diligencia sobre el particular, hasta el 27 de julio de 1957 cuando se devolvió el informativo al comitente; el 30 de ese mes se recibió el negocio en el Juzgado Penal del Circuito de Fresno y se dispuso enviarlo al Tribunal Superior de Ibagué; **el 23 de gosto de 1957** se ordenó correrle traslado al Fiscal de la corporación, quien se abstuvo de conceptuar porque se tenían noticias de la muerte del sindicado doctor Posada; como no se acreditara el anterior hecho se requirió nuevamente el concepto fiscal (4 de julio de 1958); el 1º de agosto de 1958 con ponencia del Magistrado doctor Rincón Bonilla el Tribunal Superior de Ibagué decretó la cesación del procedimiento en el sumario seguido contra el doctor Posada.

"Así las cosas se tiene: a) Del seis (6) de noviembre de 1953 al 27 de julio de 1957 el informativo permaneció bajo la responsabilidad del Inspector Primero Municipal de Policía y Tránsito de El Fresno, por comisión conferida por el Juez Penal del Circuito de la misma ciudad; b) El 30 del mismo mes y año fue recibido en el último Despacho mencionado y al día siguiente o sea el 31 de julio se ordenó devolver el negocio al Tribunal de Ibagué; c) A partir de esa fecha las sumarias permanecieron en esta corporación, hasta el 1º de agosto cuando se decretó la cesación de procedimiento..."

"...En desarrollo de la investigación se allegaron al informativo los siguientes elementos de juicio:

"A. Copia de lo pertinente del sumario adelantado contra el doctor Jorge Humberto Posada (Fl. 1 y ss.).

"B. Acta de la diligencia de Inspección Ocular verificada en el proceso antes citado (F. 15 a 18).

"C. Certificación jurada del Magistrado doctor JOSE ANTONIO CAYCEDO en la cual manifestó: que el negocio le había sido repartido en agosto de 1957 y que permaneció en actividad hasta cuando hubo un nuevo reparto en agosto de 1958; que en vista de la información suministrada por el Fiscal de la Corporación se ordenó oficiar a ocho Notarías de Bogotá en solicitud de la partida de defunción del sindicado doctor Posada; que dos veces fueron requeridos por el Secretario "según constancias del mismo expediente". Dice además: "Si hubo mora lo fue por parte de los Notarios y no por el Magistrado ya que el negocio estaba en la Secretaría. Posiblemente habría podido haber mora por parte del Secretario sino (sic) no hubiera constancia de los requerimientos hechos por el mismo". (Fl. 35).

"D. Certificación jurada del Magistrado doctor DAVID RINCON BONILLA en la cual expresa: "Que no incurrió en demora ninguna en su actuación como ponente; sino por el contrario, al día siguiente de haber entrado el sumario a su mesa para su estudio, proveyó el auto que declaró cesado el procedimiento por prescripción de la acción penal y que fue confirmado por la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia" (Fl. 30).

"E. Indagatoria del Magistrado doctor JESUS MARIA GUZMAN (Folio 60 y ss.). Allí relata el trabajo excesivo que desarrollaba cada Magistrado hacia 1951 para concluír que le es difícil acordarse si le correspondió el negocio contra el doctor Posada. Termina diciendo que alega a su favor la prescripción de la acción penal dado el tiempo en que se sucedieron las demoras.

* * *

"CONCLUSIONES:

"1ª En relación con la presunta responsabilidad atribuída a los Magistrados JOSE ANTONIO CAYCEDO y DAVID RINCON surge, en forma palmaria, como está demostrada la ausencia de negligencia o retardo en sus actuaciones; todo lo contrario, según el acta de la diligencia de Inspección Ocular puede afirmarse que estuvieron proveyendo en dicho negocio, cuidadosamente. Lo anterior significa que con sobrada razón se hayan negado a rendir indagatoria pues, en efecto, no aparece cargo valedero alguno en su contra.

"2ª. Respecto a la situación jurídica del Magistrado doctor JESUS MARIA GUZMAN conviene decir que ella debe ser resuelta favorablemente si se piensa que dicho funcionario recibió el negocio el 22 de enero de 1951 y el 2 de febrero del mismo año comisionó al Juez del Circuito de Fresno al cual desde entonces le incumbió la responsabilidad en la tramitación del negocio. Salido el informativo del Despacho del Magistrado Guzmán, a la Secretaría le era obligatorio dar el aviso respectivo sobre la no devolución oportuna del mismo, para que en esta forma el Magistrado acusado dispusiera lo pertinente; no lo hizo incurriendo en esta forma en incumplimiento de sus deberes el empleado encargado de ella.

"Algo más: No se olvide que durante la época en la cual estuvo desempeñando el cargo de Magistrado el doctor Guzmán el Tribunal Superior de Ibagué conocía promiscuamente de los negocios y únicamente eran seis Magistrados, conforme lo afirmó dicho funcionario en su indagatoria; esto permitirá pensar el recargo en el trabajo que correspondía a cada uno, siendo más difícil supervigilar los negocios salídos de sus respectivos despachos.

"3ª El 6 de noviembre de 1953 el negocio fue enviado en comisión, ordenada por el Juez Penal del Circuito de Fresno, al Inspector Primero Municipal de Policía y Tránsito de la misma ciudad. En este Despacho permaneció hasta el 27 de julio de 1957 cuando se devolvió al comitente sin haber cumplido la comisión. El 30 del mismo mes y año se remitió el negocio al Tribunal y aquí se dio impulso al expediente hasta su terminación con la declaratoria de prescripción. De modo que a partir del 6 de noviembre de 1953 la demora en la actuación es imputable a los comisionados: Juez Penal del Circuito de Fresno e Inspector Primero Municipal de Policía y Tránsito del mismo lugar.

"El artículo 136 y el 140 del Código Judicial, aplicables en el procedimiento penal según el artículo 7º del C. de P. P., ponen de presente la responsabilidad de los comisionados y la sanción que se les puede imponer por el mal desempeño de su encargo.

"Lo anterior implica que en el caso sub-judice la demora en la tramitación del negocio adelantado contra el doctor Posada no se es atribuíble ni a los Magistrados doctores Caycedo y Bonilla, a quienes se les recibió certificación jurada, ni al Magistrado Guzmán, quien rindió indagatoria.

"Al último de los nombrados deberá sobreseérsele definitivamente de los cargos que se le formularon en estos autos por cuanto el hecho imputado no constituye delito. Así lo dispone el artículo 437, ordinal 1º, del Código de Procedimiento Penal y solicita comedidamente esta Procuraduría a la H. Corte"

La responsabilidad por las inauditas demoras en el proceso contra el doctor Posada, como lo anota la Procuraduría, no parece haber sido de cargo del Tribunal sino de los funcionarios comisionados y de la Secretaría; sin embargo, en vista del tiempo transcurrido, sería inútil ordenar una nueva investigación contra esos responsables, respecto de los cuales sólo puede recaer a estas alturas la correspondiente sanción moral.

En cuanto a los doctores José Antonio Caycedo y David Rincón Bonilla, no habrá lugar a pronunciamiento alguno, porque si bien su conducta quedó explicada satisfactoriamente, ellos no figuraron como reos sino como testigos en este asunto.

Por lo expuesto y lo transcrito, la Corte Suprema —Sala Penal— de acuerdo con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, pronuncia SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO en favor del doctor Jesús María Guzmán, Magistrado que fue del Tribunal Superior de la capital del Tolima, en relación con el abuso de autoridad por demoras, materia de las presentes sumarias.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez— Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria — Pioquinto León L., Secretario.

CUANDO SE DECLARA EXTINGUIDA LA ACCION PENAL POR MUERTE DEL PROCESADO, NO HAY LUGAR A RECURSO DE CASACION. — ADMITIDO UN DESISTIMIENTO, ES IMPROCEDENTE ANTICIPARSE A LA LIQUIDACION DE COSTAS O A LA INSPECCION PREVIA DE SI SE CAUSARON O NO

1.—Muerto el reo y reconocido este hecho por el Tribunal mediante la declaración de extinción de la acción penal, no quedaba ni queda materia apta para un recurso de casación, ni siquiera en el supuesto de que una presunta parte pretendiera estar legitimada como representante, sucesora o causahabiente del difunto. La sola consideración de que la madre natural no era ni es parte en el juicio seguido a su hijo, basta para que el Tribunal se abstenga de concederle el recurso de casación que la ley reservó a las partes (artículos 558 y 559 del C. de P. P.). Y no vale considerar que a tal madre natural, como heredera de su hijo, se le transmitieron "todos los derechos y obligaciones del causante". Hay en ello una confusión conceptual, que desconoce una de las diferencias esenciales entre los efectos meramente civiles o privados de la sucesión por causa de muerte, y los fines de la acción penal, que son, de suyo, diferentes, por lo cual sus efectos no pueden equipararse a los primeros. Se trata de cosas obvias.

2.—Una de las consecuencias del desistimiento, es la condena en costas contra la parte que ha desistido. No vale objetar que por el hecho de haber interpuesto el mismo recurso otra de las partes, debe eximírsele de tal condena, ni la consideración de que las costas no se causaron, pues no corresponde a la Sala anticiparse a la liquidación o a la inspección previa de si se causaron, o no.

Nota del Relator.—La doctrina sentada en el punto 1º, fue aclarada y complementada por la providencia que se publica a continuación de la presente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, tres de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por medio de sentencia del 29 de enero del año en curso, declaró extinguida la acción penal en lo relativo a BARTOLOME TRIANA (condenado a veinte años de presidio en primera instancia, por homicidio) y condenó a **Emma Pinzón Guzmán y Juan Agustín Corredor Velandia** a las penas de diez y ocho años de presidio y siete y medio de la misma pena, respectivamente.

Contra el fallo interpuso el recurso de casación el apoderado de la parte civil, el cual le fue concedido por el Tribunal. Pero, en memorial del 20 de junio último, ha manifestado **desistir** de dicho recurso. Y como tiene el apoderado autorización expresa de su mandante para ello, y, por otra parte, se trata de materia en que no está prohibido el desistimiento, debe procederse en conformidad.

También la señora Cenona Triana, madre natural del condenado en primera instancia **Bartolomé Triana**, interpuso dicho recurso de casación, que el Tribunal aludido le concedió.

No se explica esta Sala por qué se obró de esta suerte, en lo relativo a este último recurso:

La señora Triana no era ni es parte en el juicio penal seguido a su hijo, y esta sola consideración ha debido bastar para que el Tribunal se abstuviera de concederle un recurso que la ley reservó a las partes (artículos 558 y 559 del C. de P. P.).

Por lo demás, habiendo muerto el reo y reconociéndose este hecho por el mismo Tribunal, mediante la declaración que él mismo hizo, es extraño que no hubiera sacado de ellas todas sus consecuencias naturales, pues extinguida la acción penal, no quedaba ni queda materia apta para un recurso de casación, ni siquiera en el

supuesto de que una presunta parte pretendiera estar legitimada como representante, sucesora o causahabiente del muerto. No vale considerar, como lo hizo el apoderado de la señora Triana, que a ésta, como heredera de Bartolomé, se le transmitieren "todos los derechos y obligaciones del causante". Hay en ello una confusión conceptual, que desconoce una de las diferencias esenciales entre los efectos meramente civiles o privados de la sucesión por causa de muerte, y los fines de la acción penal, que son, de suyo, diferentes, por lo cual sus efectos no pueden equipararse a los primeros. Se trata de cosas obvias.

No es, por lo tanto, admisible el recurso de casación mencionado.

primera parte de esta providencia, es también

En cuanto al desistimiento a que se refiere la obvio que una de sus consecuencias es la condena en costas contra la parte que ha desistido. (Art. 464 del C. J. en armonía con el artículo 7º del C. de P. P.). No vale objetar que también otra de las partes interpuso el mismo recurso. Tampoco, la consideración de que las costas no se causaron, pues no corresponde a la Sala anticiparse a la liquidación o a la inspección previa de si se causaron, o no.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º Se admite el desistimiento del recurso de casación interpuesto por la parte civil.

2º Se condena en costas a esta parte, costas cuya liquidación hará el Tribunal respectivo.

3º Se declara inadmisible, y, en consecuencia, no se admite el recurso de casación interpuesto a nombre de Cenona Triana, por medio de apoderado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

SE ACLARA Y COMPLEMENTA LA DOCTRINA SENTADA EN LA PROVIDENCIA INMEDIATAMENTE ANTERIOR

Cuando con todo y la declaración de cesación de la acción penal, por muerte del condenado en primera instancia, el fallo de la segunda deja vigente el primero, en lo relativo a los perjuicios civiles causados, gravando así a la sucesión respectiva y legitimándola, de esta suerte, para propugnar por la invalidación del fallo, por la misma vía penal por la cual se dictó, el recurso de casación puede declararse admisible, para ser considerado más ampliamente el asunto, al momento de resolver de fondo.

En casos como el anterior, es suficiente para estimar acreditada la personería relacionada con la interposición del recurso de casación que se acredite un interés legítimo de parte del recurrente, aunque nada se sepa de otros herederos o legitimarios que puedan excluír al primero.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, treinta de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Contra el auto del tres de julio en curso, por medio del cual se declaró inadmisible el recurso de casación interpuesto a nombre de Cenona Triana contra el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Bartolomé Triana a indemnización de perjuicios, no obstante haberse declarado terminada la acción penal, por muerte del mismo, se ha interpuesto el recurso de reposición.

En el auto recurrido había dicho la Sala que, habiendo muerto el reo Bartolomé Triana y reconocido este hecho por el Tribunal, al revisar la sentencia condenatoria del Juzgado Superior respectivo, no quedaba ni queda materia apta para un recurso de casación, "ni siquiera en el supuesto de que una presunta parte pretendiera estar legitimada como representante, sucesora o causahabiente del muerto".

A lo anterior se responde, en el escrito de reposición, que "....el Tribunal de Ibagué, a pesar de encontrarse incapacitado para pronunciarse sobre la responsabilidad penal del imputado, debido al hecho de su muerte, lo condenó civilmente al pago de los perjuicios. En tales condiciones, como el heredero representa al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, deberá tener algún medio de defensa contra una providencia que a más de ser nula constitucionalmente, significa un detrimento considerable del patrimonio sucesoral. Desde el momento en que el fallo acusado condenó a la comunidad herencial de Bartolomé Triana, con violación de las normas elementales del proceso, y de las sustantivas de los artículos 92 y 100 del C. P., amén de los principios elementales del derecho, la parte perjudicada debe ser titular de la acción de nulidad contra la misma, ya que, al fin y al cabo, casación no otra cosa significa".

En resumen, se alega que, con todo y la declaración de cesación de la acción penal, el fallo de segunda instancia dejó vigente el primero, en lo relativo a los perjuicios civiles causados, gravando así a la sucesión respectiva y legitimándola, de esta suerte, para propugnar por la invalidación del fallo, por la misma vía por la cual se dictó, que es la penal.

La Sala no tiene inconveniente en rectificar su criterio, pues encuentra, **prima facie**, para los solos efectos de la decisión del recurso de reposición, que se trata de un caso **sui generis**, susceptible de ser considerado más ampliamente, una vez que el recurso se formalice y llegue la hora de resolver a fondo sobre el problema.

Aunque nada se sabe de otros herederos o legitimarios que puedan excluír a la señora Cenona Triana, madre de Bartolomé, se ha acreditado, por el momento, un interés legítimo en el asunto, de parte de ella, suficiente para estimar acreditada la personería necesaria relacionada con la interposición del recurso de casación.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REPONE el auto del tres de los corrientes, y en su lugar declara admisible el recurso de casación interpuesto por Cenona Triana, a nombre del procesado Bartolomé Triana, mediante apoderado.

Córrasele traslado a éste por el término legal, para efectos de la demanda de casación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS POR RAZON DE ESTAR ALGUNO DE LOS SINDICADOS SOMETIDO A FUERO ESPECIAL

Si se propone una colisión de competencias sobre la base de que alguno o algunos de los acusados están sujetos a fuero o jurisdicción especial, esta calidad particular, que rompe el sistema ordinario y encarna un procedimiento excepcional, debe estar plenamente probada. No solo para que pueda desatarse el conflicto en forma positiva respecto a la realidad del fuero especial, sino también como base segura y necesaria de la provocación de la competencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, treinta de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

El señor Juez Superior de Garzón se negó a conocer de este proceso, por homicidio en varias personas, ocurridos o consumados en territorio de su jurisdicción, expresando que dicho conocimiento corresponde a las autoridades militares, en razón de la calidad de agentes de Policía o de institución analoga que tenían los presuntos responsables.

La autoridad militar correspondiente (Juzgado de Primera Instancia de las Fuerzas de Policía, Unidad Huila) no aceptó los puntos de vista del referido funcionario, y, por ello, los autos han venido la Corte, para que se dirima la colisión de competencias planteada.

Dice así el aludido Juzgado de Primera Instancia, en su auto del 1º de julio de este año:

"En el estudio que hace el señor Juez, se refiere a las diligencias que dieron origen a las investigaciones que en estos tres expedientes, uno original y dos en copia, se adelantan y los enumera así: la declaración de ANGELINO CASTRO y el informe del señor Alcalde de Garzón señor MIGUEL DIAZ, al Juzgado de Investigación.

"En el denuncio de Angelino Castro, éste incrimina a los que él dice ser Agentes de la Policía o sea a SERAFIN VEGA, URBANO TARAZONA, DAVID VARGAS y LUIS RIASCOS, como que en su condición de Policías se llevaron y posiblemente hicieron desaparecer a TEOFILO CASTRO y a ARQUIMEDES SAMBONI.

"El señor Juez Superior de Garzón sí cree que estos sujetos son realmente policías y que por consiguiente su juzgamiento corresponde a la Justicia Penal Militar; pero es el caso que en los expedientes no hay ni una constancia o documento oficial que acredite a tales señores (VEGA, TARAZONA, VARGAS y RIASCOS), en su calidad de agentes de la Policía, es decir, no aparece la Resolución o Decreto del Comando de las Fuerzas de Policía haciéndoles los nombramientos respectivos, ni la diligencia de posesión y certificados de que dichos sujetos se encontraban en servicio activo en los días en que sucedieron los hechos que se les achacan. Lo que quiere decir que hasta el presente, o mejor hasta la fecha del auto en que se provoca la competencia, ellos no eran sino simples ciudadanos o sujetos particulares sometidos a la justicia ordinaria; y aun cuando se pudiere alegar que ese inconveniente se allanaría pidiendo a quien corresponda tales documentos, es lo cierto que para el caso de adoptar una actitud en relación con la colisión que se presenta, no es procedente hacerlo, porque la medida de la solicitud de los papeles que acreditaren a los sujetos en mención, como agentes de la policía, ha debido dictarla el señor Juez Superior de Garzón para tener así base a objeto de provocar la competencia, pero no lo hizo oportunamente.

"Sobre la desaparición de ABSALON NUÑEZ y GREGORIO CALDERON, no se hace imputación específica a nadie, es decir, mucho menos a la Policía y lo mismo sucede sobre el hallazgo de otros cadáveres de que hablan estas diligencias.

"La otra guía o base de investigación que señala el señor Juez Superior de Garzón, es el informe del Alcalde de dicho Municipio señor Miguel Gómez Díaz, de fecha 30 de julio de 1953.

"En dicho informe se pretende acusar a ELISEO

RUIZ, ALVARO y HECTOR RUIZ y JOSE E. CADENA, quienes aparecen enviados de Bogotá, en donde tuvieron como Jefe a CAMPO ELIAS CASTRO.

"Sobre estos señores no se ha podido acreditar ningún carácter oficial de Agentes del Servicio del "SIC" como se pretendió; tampoco de Policías y ni siquiera de simples empleados públicos, como dice el doctor CAMILO PERDOMO Gobernador de ese entonces, por donde hay que concluír que la recomendación o tarjeta del General GUSTAVO ROJAS PINILLA, Comandante General de las Fuerzas Militares en esa época, no les da ninguna condición o carácter de Policías, siendo por lo tanto ellos simples civiles sujetos a la justicia ordinaria".

SE CONSIDERA:

Evidentemente, tiene razón el Juzgado de Primera Instancia. Porque, si se propone una colisión de competencias sobre la base de que alguno o algunos de los acusados están sujetos a fuero o jurisdicción especial, esta calidad particular, que rompe el sistema ordinario y encarna un procedimiento excepcional, debe estar plenamente probada. No sólo para que pueda desatarse el conflicto en forma positiva respecto a la realidad del fuero especial, sino también como base segura y necesaria de la provocación de la competencia.

En el caso presente, no se ve cómo puede pretenderse que, sobre la base o bases inciertas de la presunta calidad policiva de los acusados, se predique el fuero militar para éstos. Ni se explica la Sala por qué, antes de agotarse un esfuerzo investigativo por esclarecer la cuestión básica de dicha calidad o investidura, se optó por la línea de menor resistencia, entorpeciéndose así el curso regular de un proceso que lleva ya seis años de estar prácticamente paralizado, no obstante la manifiesta gravedad de los hechos investigados o por investigar.

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 el conocimiento de este proceso o procesos al Juzgado Superior de Garzón, sin perjuicio de que, demostrada adecuadamente la calidad o investidura especial de los acusados, se proceda conforme a las reglas generales sobre jurisdicción y competencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

SUBORDINACION O DEPENDENCIA. — EN QUE CONSISTE. — EMPRESARIO Y TRABAJADOR. — DISTINCION PARA ESTOS EFECTOS. — ACUSACION POR VIOLACION DIRECTA DE LA LEY EN RELACION CON ESTE ELEMENTO. — ERROR DE HECHO CUANDO LA SENTENCIA DEDUCE DE LAS PRUEBAS CONCLUSIONES DUDOSAS

1.—Tanto en los contratos de subordinación más estricta, como aquellos de subordinación más laxa, este elemento cabe dentro del común denominador de posibilidad jurídica de dar órdenes y de la obligación de cumplirlas por parte de los dos extremos personales del contrato, así sea el dependiente un intermediario o representante del patrono. Fijada de esta manera la cuestión, no se puede aducir mayor o menor estrictez en la configuración del elemento, pues éste queda circunscrito a la posibilidad jurídica de mando patronal y correlativa obediencia del trabajador, no sometida en la práctica a graduaciones arbitrarias.

Por tanto, el problema de todos los casos de ataque por vía directa se contrae a establecer si se presentó un defecto de estimativa de derecho al valorar jurídicamente el elemento subordinación, entendido como las predichas posibilidades y obligación correlativas.

2. — Es doctrina de casación laboral el principio de que la configuración de errores de facto en actos jurisdiccionales a los cuales se enjuicie por tal falla, debe motivarse en equivocaciones ostensibles, manifiestas y precisas que contrarien sin lugar a dudas la evidencia de la realidad. Armoniza lo anterior con la idea de la libre convicción razonable de que dispone el juzgador en la valoración de las situaciones de hecho, y es corolario de aquello la tesis de que no cabe la infirmación del fallo cuando, en presencia de los hechos, las deducciones del adquem ostenten el carácter de simplemente dudosas.

3.—Para aclarar una de las cuestiones más abstrusas como es la de la "subordinación" como elemento integrante del contrato de trabajo, no es inusitado que la doctrina y la jurisprudencia laborales acudan a la técnica de la teoría económica. Se habla en ésta de los factores de producción o sea de los agentes (trabajo, empresa, capital y recursos naturales) que intervienen en el proceso de la producción. Algunos de aquellos son agentes humanos como el trabajador y el empresario y los otros son agentes materiales como el capital y la naturaleza. Mas es lo cierto que el factor de producción por excelencia es el hombre por el señorío que ejercen su trabajo e inteligencia sobre los elementos de la naturaleza y por su dinámica en la creación y acumulación de los bienes de capital.

El hombre, pues, considerado como factor más importante, interviene en dicho proceso de dos maneras diferentes: como factor de producción y autónomo e independiente o como factor de producción dependiente. El primero participa en el proceso productivo de cualesquiera bienes o servicios sin nexo de sujeción a ningún factor jerárquicamente superior de carácter humano; es el empresario que desde el punto de vista laboral se emplea a sí mismo (self-employed) en la consecución de una finalidad económica, y corre los riesgos de ésta. El segundo contribuye al proceso productivo con sujeción al primero: es el trabajador que desde el punto de vista laboral es empleado por el primero (employed), en la obtención del objeto económico, sin que corra los riesgos de ésta. Para los efectos laborales aquél es el patrono y éste es el asa-

lariado. El primero asume todas las contingencias del resultado y el segundo no asume ninguna, ni siquiera se aventura al riesgo de perder su salario. Entre ambos existe un nexo de subordinación del segundo respecto del primero, que es elemento esencial del contrato de trabajo celebrado entre ellos.

En síntesis, es propio del empresario asumir los riesgos, al tiempo que es de la naturaleza del empleado no correrlos; aún más: no aventurar ni siquiera la pérdida de su salario. Igualmente cabe observar que no importa en qué proporción los co-empresarios se distribuyan entre sí los riesgos, pues por mínima que sea la cuota que a uno de ellos se le asigne, por el sólo hecho de asumirla será empresario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., seis de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Mediante procurador judicial, el señor MARCELIANO PINZON demandó a la Empresa Fluvial "Ocaña" Limitada, con domicilio en Barranquilla, y legalmente representada por el señor Pedro Peinado, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo, esta sociedad fuera condenada a pagar al actor las cantidades de $ 1.032.08 por concepto de cesantía, $ 516.04 por vacaciones, $ 377.42 por prima de servicios correspondiente al primer semestre de 1953, $ 540.88 por idéntico concepto correspondiente al segundo semestre del mismo año, $ 5.986.00 por ruptura unilateral e ilegal del contrato y $ 6.698.52 por concepto de indemnización por falta de pago de las prestaciones sociales. El valor de esta última súplica no quedó limitado a dicha cifra, sino que se pidió fuera extendida hasta cuando la justicia decida o se verifique el pago.

El libelo relata lo siguiente:

1º Entre el señor Pinzón y la sociedad demandada existió un contrato escrito de trabajo, de duración indefinida, que tuvo por objeto la administración de algunas embarcaciones menores del Río Magdalena;

2º. Se estipuló que el salario de Pinzón sería un 10% del valor de los fletes de los viajes de subida y bajada, teniendo en cuenta los descuentos y recargos;

3º El contrato comenzó a ejecutarse a partir del viaje número 69 de subida de la nave "Manuel Agustín", que ocurrió aproximadamente entre el 3 y el 7 de enero de 1953, y fue cancelado unilateralmente por la sociedad demandada, sin justa causa ni aviso previo, el día 9 de enero de 1954;

4º El último sueldo mensual devengado por el señor Pinzón, que servirá de base para la liquidación de prestaciones e indemnizaciones, ascendió a $ 1.032.08, descompuesto así: comisión sobre fletes de subida del "Ciudad de Ocaña" en 19 de diciembre de 1953: $ 759.89; comisión sobre fletes de bajada del "Ciudad de Cúcuta" en 12 de diciembre de 1953: $ 272.19; total $ 1.032.08.

5º El valor total de las comisiones devengadas por el señor Pinzón durante el año de servicios prestados a la empresa demandada fue de $ 11.019.70, de suerte que el promedio mensual asciende a: $ 1.032.08;

8º (Debía ser el 6º, pero así figura en el libelo original). El valor del promedio devengado por concepto de comisiones por el señor Pinzón durante el primer semestre de 1953, fue de $ 754.85;

9º (sic) El promedio devengado por el señor Pinzón por concepto de comisiones durante el segundo semestre de 1953, fue de $ 1.081.76;

10º (sic) La sociedad demandada no ha pagado al señor Pinzón las prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho.

Como fundamentos jurídicos citó los artículos 39, 45, 49, 186, 189, 192, 249, 253, 306, 64 y 65 del C. S. del T. y 47 y siguientes del C. de P. L.

La parte demandada a la cual se dio traslado de la demanda, no contestó. Pero durante la primera audiencia de trámite, por conducto de apoderado, propuso la excepción de declinatoria de jurisdicción, con el argumento de que era civil (mandato) el contrato que había dado base a la controversia. Tramitada ésta por el Juzgado Tercero del Trabajo de Barranquilla, fue dirimida mediante providencia en la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la demandada, y se condenó a ésta a pagar a aquél la suma de $ 20.290.17 por los siguientes conceptos: a) $ 936.10 por concepto de cesantía; b) $ 459.12 por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas; c) $ 900.37 por concepto de dos primas de servicio; d) $ 5.295.23 como indemnización de perjuicios por ruptura ilegal del contrato de trabajo, y e) $ 12.702.45 por indemnización por falta de pago y las costas del juicio.

Ambas partes apelaron de la sentencia anterior. Elevados los autos ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, esta Corporación decidió

el recurso mediante providencia del 14 de noviembre de 1955, por la cual revocó la del a-quo y, en su lugar, se absolvió a la empresa demandada de los cargos formulados por el demandante. En esta instancia no hubo condenación en costas.

El recurso de casación.

Contra el fallo de segundo grado ha recurrido en casación la parte demandante. Se propne ahora la Corte decidir el recurso, mediante el examen de la correspondiente demanda y del escrito de oposición.

Pretende el recurrente que la sentencia del Tribunal sea casada, y que, en su lugar se mantenga la de primer grado.

Con base en la causal 1ª del artículo 87 del C. de P. L. formula dos cargos que serán estudiados en su orden así:

Primero.

Acusa la sentencia impugnada por interpretación errónea de los artículos 22 y 23 del C. S. del T., en relación con los artículos 24, 25, 32, 34, 47, 64, 65, 127, 186, 249 y 306 ibídem.

El impugnador reproduce los textos de los artículos 22 y 23 del C. S. del T. y agrega que el sentenciador, en trance de indagar el verdadero sentido de las disposiciones citadas, "incurre en el siguiente galimatías". "El elemento 'subordinación' entraña el concepto total y real de autonomía. La requiere como exigencia mínima, como un todo, sin desviaciones de ninguna naturaleza, a fin de evitar la posibilidad de hacer suponer que el patrono pueda impartir órdenes y de que el trabajador tenga que acatarlas". En otra parte dice el Tribunal: "No cabe la menor duda de que la subordinación .... debe manifestarse siempre durante el tiempo que dure el contrato. Lo que en otros términos quiere significar que si en un momento determinado en la ejecución del contrato de trabajo la subordinación desaparece, el contrato de trabajo se convierte 'ipso jure' en otro contrato de derecho común".

Entiende, pues, el Tribunal —dice el recurrente— que para que se configure la subordinación o dependencia, característica del contrato de trabajo, es preciso que el patrono imparta en todo momento órdenes e instrucciones al trabajador, y que en los intervalos en que deje de hacerlo, dicho contrato se convierte en otro, que sería de derecho común.

Tal interpretación —agrega— pugna con la que ha expuesto el Tribunal Supremo en la propia jurisprudencia transcrita en el fallo acusado. "....Si existe siquiera como posibilidad la atribución para el patrono de dar órdenes, y para el trabajador la obligación correlativa de acatarlas, hay la subordinación jurídica que es nota distintiva del contrato de trabajo". (G. del T., T. II, Nº 5-16, cit. por el Tribunal Seccional).

En consecuencia, agrega, no se requiere que el patrono sin cesar controle o vigile la actividad del trabajador, le formule indicaciones u observaciones o dirija todos sus movimientos. Ni siquiera es menester que el trabajador esté efectivamente sujeto a un horario o a un reglamento. Basta que el patrono tenga la posibilidad jurídica de ejercer en cualquier momento su poder de mando sobre el trabajador. En otros términos, el patrono puede en la práctica abstenerse de impartir órdenes o instrucciones, sin que por ello el contrato de trabajo deje de serlo.

Añade que tampoco es necesario que la subordinación o dependencia se dé en estado de absoluta pureza, según lo pretende el sentenciador, pues bien puede el patrono conferir al trabajador cierta autonomía, como en el caso de los empleados de dirección o de responsabilidad especial, por ejemplo los gerentes, administradores, mayordomos, capitanes de barcos etc., o de quienes ejerciten actos de representación (artículo 32 del C. S. del T.). Concluye diciendo que la estimación equivocada de las disposiciones atrás citadas, condujo al fallador a la conclusión de que entre las partes no existió contrato de trabajo.

El opositor replica que este primer cargo se funda en un simple error mecanográfico de la parte motiva de la sentencia impugnada. Donde el sentenciador quiso decir "el elemento **subordinación** entraña el concepto total y real de **no autonomía**, la mecanógrafa omitió el 'no', quedando así la frase ininteligible". Anotaciones semejantes hace respecto del subsiguiente aparte, pero agrega que la duda desaparece totalmente cuando el sentenciador, a renglón seguido acoge la jurisprudenica del Tribunal Supremo. Concluye expresando que esta sola transcripción echa por tierra la pretendida interpretación errónea.

Se examina el cargo:

Indudablemente adolece de una gran oscuridad el aparte de la sentencia que el recurrente critica. Sea que ello obedezca a defectos como los

que el opositor anota (y que parecen constituír la causa más probable de la deficiencia), o que la anomalía provenga de otros motivos, es lo cierto que dicha excerta, como está redactada, se presta a confusión y ambigüedad manifiestas.

Mas ocurre que la solución dada por el sentenciador no corresponde a la que **prima faciae** derivaría de la idea equívoca de que "el elemento subordinación entraña el concepto total y real de autonomía etc.". El juzgador, después de sentar la anterior inexplicable tesis, endereza su razonamiento por la vía acertada de estimar, en su verdadero valor jurídico, el elemento subordinación, y con tal efecto transcribe la jurisprudencia del extinto Tribunal Supremo que encuadra dentro de su alcance exacto la noción de dicho elemento. En estas condiciones no podría por tanto considerarse que se configura un error de estimativa jurídica, sino que se está en presencia de un inicial defecto de expresión seguidamente rectificado por el propio Juez de segundo grado y que no produce efecto alguno en la decisión de fondo.

Con todo, —aún descontando la equivocación que ha dado origen al análisis precedente— el autor del recurso dirige su ataque contra otras apreciaciones jurídicas del proveimiento que, en sentir de aquél, determinan una transgresión de la ley por interpretación errónea. Dos argumentos principales sirven de fundamento al ataque directo que el recurrente formula por el concepto expresado: consiste el primero en sostener que el Tribunal entiende que la subordinación o dependencia, característica del contrato de trabajo, exige que el patrono imparta en todo momento órdenes e instrucciones al trabajador, y que en los intervalos en que deje de hacerlo, dicho contrato se convierte en otro.

La anterior errónea interpretación atribuída al fallo del **ad-quem** no es exactamente predicable de éste. No se ve que el sentenciador hubiera asimilado la subordinación a una constante emisión de órdenes e instrucciones del patrono al trabajador. Lo que aquél sostuvo es que la subordinación es elemento esencial del contrato de trabajo, y que cuando la subordinación desaparece el contrato laboral deriva a un contrato común. El meollo de la impugnación consiste en pretender que el sentenciador con el anterior razonamiento asimiló el elemento subordinación o dependencia a la ininterrumpida continuidad de órdenes e instrucciones de empleador a empleado. Pero no se halla en el proveído dicha asimilación. Todo lo contrario: la adhesión expresa del fallador a la jurisprudencia del antiguo Tribunal Supremo sobre la subordinación, cuya síntesis es la posibilidad jurídica del patrono de dar órdenes y la correlativa obligación del trabajador de obedecerlas, está demostrando cómo en entendimiento de tal noción por parte del **ad-quem** no se redujo al marco restringido que el impugnador le adjudica, y por ende, no se configura la transgresión por equivocada inteligencia en que se asienta el ataque.

El segundo argumento —relacionado con el anterior— consiste en sostener que no es necesaria una subordinación o dependencia en estado de absoluta pureza para que el contrato de trabajo se estructure, pues bien puede ocurrir que el patrono confiera al trabajador cierta autonomía, como ocurre con los trabajadores que ejercen actos de representación (artículo 32 del C. S. del T.).

Tanto en los contratos de subordinación más estricta, como en aquellos de subordinación más laxa, el elemento que se estudia cabe dentro del común denominador de posibilidad jurídica de dar órdenes y de la obligación de cumplirlas por parte de los dos extremos personales del contrato —como atrás se dijo—, así sea el dependiente un intermediario o representante del patrono. Fijada de esta manera la cuestión, no se puede aducir mayor o menor estrictez en la configuración del elemento, pues éste queda circunscrito a la posibilidad jurídica de mando patronal y correlativa obediencia del trabajador, no sometida en la práctica a graduaciones arbitrarias.

Por tanto, el problema en todos los casos de ataque por vía directa se contrae a establecer si se presentó un defecto de estimativa de derecho al valorar jurídicamente el elemento subordinación, entendido como las predichas posibilidad y obligación correlativas; lo que se dejó explicado respecto del primer argumento es valedero para objetar este segundo: esto es, que la interpretación del sentenciador respecto del elemento subordinación y su alcance no aparece que sea contraria a derecho.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Segundo.

La sentencia es acusada por violación indirecta de los artículos 22, 23, 24, 25, 32, 34, 47, 64, 65, 127 186, 249 y 306 del C. S. del T., por

falta de aplicación, a consecuencia de manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas.

El error de hecho consistió —agrega— en dar por establecido, sin estarlo, que el demandante constituyó una empresa por sí solo; que estuvo asociado al demandado, y que reclamó perjuicios por inactividad del remolcador "Santa Clara", por una parte, y por otra, en no dar por establecido, estándolo, que el actor prestó sus servicios a la empresa fluvial "Ocaña Limitada" como trabajador dependiente o subordinado.

Dicho error —añade el recurrente— se produjo por apreciación equivocada de las siguientes pruebas: cartas de folios 6 y 42 a 53 del cuaderno principal; de las copias de las actas visibles a folios 9 a 12 del mismo cuaderno; de la relación que obra a folio 8 del mismo cuaderno; de las cartas de los cuadernos número 6 sobre los viajes de la embarcación "Ciudad de Ocaña" y número 7 sobre los viajes del remolcador "Ríobamba", especialmente las fechadas el 7 de julio de 1953 y el 11 de agosto del mismo año.

En carta del 13 de enero de 1953, dirigida por Marceliano Pinzón al Gerente de la empresa, dice el signatario: "Aspiro a que la administración de sus unidades sea hecha en la forma más correcta y que la asociación de negocios que así iniciamos (.....)". Este aparte es comentado por el libelista así: es evidente que la sola circunstancia de que el trabajador haya hablado de asociación, no significa en manera alguna que se considera socio de su patrono, en el sentido de haber constituído con éste alguna de las entidades jurídicas reconocidas como sociedades en el Código Civil o en el de Comercio.

El uso de papel con membrete "Transportes Santa Clara" no es susceptible de interpretarse como prueba de que el señor Pinzón tuviese una empresa de ese nombre durante el tiempo que prestó sus servicios a la parte demandada, tanto menos cuanto que se ignora si ese papel fue timbrado en épocas anteriores.

En carta del 18 de diciembre de 1953 dice Pinzón: "Sinembargo el remolcador hizo dos viajes desde Gamarra a Berrío sin que se hubiera consultado a esta administración y sin recibir informes ni del capitán ni de la Agencia de Gamarra. Este hecho perjudicó seriamente a Transportes Santa Clara ya que la lancha del mismo nombre estuvo inactiva en Barranquilla durante 60 días en espera exclusiva del convoy que tenía el Cúcuta y a pesar de los innúmeros esfuerzos que hice para conseguirle botes y poder despacharla. Tal perjuicio, en dinero, no fue menor de $ 6.000.00 pues la lancha en tal término hubiera podido hacer dos viajes".

Comenta el recurrente: Basta la lectura desprevenida del párrafo anterior para inferir el error en que incurrió el Tribunal al dar el alcance de una **reclamación de perjuicios** a lo que no es más que un simple concepto de Pinzón.

En lo que se refiere a la subordinación o dependencia —prosigue el recurrente—, es de anotar que el Tribunal Seccional revocó la sentencia de primer grado, por considerar que dicho elemento no concurrió en la relación de trabajo que existió entre las partes. A este respecto —dice—, es manifiesto el error en la apreciación de la carta que obra a folio 6 del cuaderno principal, en la cual se señalan las condiciones en que Pinzón debía administrar las embarcaciones que la empresa demandada puso a su cuidado. Esta declara como primera condición, hacer la entrega de las embarcaciones "Manuel Agustín" y "Ríobamba", así como los remolques respectivos, con los inventarios, enseres etc., necesarios para su funcionamiento. Es decir, **los medios** para la prestación del servicio contratado. Por la estipulación segunda la empresa entrega la administración de los barcos al actor, que comprende el manejo de la tripulación, la compra de provisiones, la confección del roll del personal, sobordo y liquidación de fletes. En la cláusula tercera la empresa demandada se obliga a atender las prestaciones, compra de herramientas, útiles, repuestos de máquinas, uso de astilleros, salvo el caso de que **autorizara por escrito** la compra y reparación de las naves o máquinas en uso. Por lo tanto, agrega dicho texto, la administración impartirá sus órdenes en la forma indicada. Es decir —comenta el recurrente— que de una vez la empresa colocó al administrador bajo su dependencia jurídica, en cuanto que le anunció que le impartiría **órdenes.**

En el punto cuarto de las condiciones, la empresa se obligó a suministrar los dineros necesarios para cada viaje imponiendo a la Administración la correlativa de presentarle tres días después del despacho de cada unidad, o de su recibo, el roll de la tripulación, los sobordos, comprobantes de gastos etc. Lo que equivale, como es claro, a imponerle un verdadero control sobre las actividades que podía realizar el administrador de acuerdo con el punto segundo.

De donde resulta que no tenía el administrador

una total autonomía, desde el momento en que estaba obligado a someter a la consideración de la empresa todos los comprobantes de gastos, roll de la tripulación, sobordos, etc. lo que implica la más clara subordinación de aquél a la empresa.

En el punto quinto se estableció la remuneración del administrador, asignando a Pinzón un diez por ciento del valor de los fletes, teniendo en cuenta los descuentos y recargos respectivos. La empresa se reservó el derecho de establecer el itinerario semanal entre Barranquilla y Gamarra y señaló condiciones para el caso de que se incorporase al servicio la lancha Santa Clara. Se estipularon, además, condiciones acerca de la propaganda requerida, expresándose que la visita que se hiciera urgente, firma por firma, o casa por casa, quedaría a cargo de la Empresa. Y, por último, indicó los agentes de la Empresa para Barranca, Gamarra, La Gloria y Tamalameque.

Añade que de lo anterior se deduce que la Empresa impartía órdenes al administrador, y su autonomía estaba completamente restringida, toda vez que debía presentar a la empresa el roll de la tripulación, sobordos y comprobantes de los gastos; pero, muy principalmente, por la circunstancia de que era la empresa la que suministraba los dineros necesarios para la movilización de las embarcaciones que se entregaban al administrador. Si éste hubiera podido obrar con absoluta autonomía, la estipulación acotada habría carecido de razón de ser.

Ha dicho el Tribunal Supremo que "la diferencia sustancial existente entre el contrato de trabajo y el de mandato, es la de que los servicios en este último son deliberativos y en aquél ejecutivos, es decir, el mandatario delibera el negocio jurídico de su mandante, al par que el trabajador realiza o ejecuta la labor convenida". (Sentencia de 17 de agosto de 1948).

Avanza el recurrente diciendo que mayor autonomía que la que se otorga a un administrador es la que tiene un gerente de una sociedad anónima, por ejemplo, y con todo, éste es un subordinado de la junta directiva y de la asamblea de accionistas, y debe cumplir sus órdenes. Lo que no obsta para que pueda designar empleados, señalar sueldos, efectuar compras, realizar ventas, etc., pero todo ello con la condición de dar cuenta de su gestión a la Sociedad. Su autonomía es relativa y los medios de que dispone para realizar su labor son siempre suministrados por la Sociedad.

Aplicando esta tesis al caso que se contempla —agrega— es evidente que el papel que desempeñaba Pinzón en el negocio o convenio celebrado con la empresa demandada era el de simple administrador de unas unidades fluviales, sometido a las órdenes e instrucciones que recibiera durante el desarrollo de su actividad y con la obligación de rendir estricta cuenta de su gestión. El factor subordinación aparece aquí claro, y aún, en el supuesto de que apareciera configurado al mismo tiempo algún aspecto del mandato o de otro contrato de índole civil o comercial, la cuestión estaría resuelta por el artículo 25 del C. S. del T. que dispone que aunque el contrato de trabajo se presente involucrado o en concurrencia con otro u otros, no pierde su naturaleza y le son aplicables las normas laborales.

No hay, pues, duda alguna de que se configura la subordinación, la cual resalta más aún si se toma en cuenta que Pinzón no asumió ningún riesgo ni participaba en las pérdidas resultantes de las distintas operaciones, como ocurre en todas las sociedades. Finaliza el recurrente diciendo que no existe discusión acerca de los dos restantes elementos constitutivos del contrato de trabajo, que son la remuneración o salario y prestación personal del servicio, y que no debe perderse de vista que el propio apoderado de la empersa, en la diligencia surtida ante la comisión de conciliación y arbitraje (folios 11 y 36) manifestó que la competencia para conocer de este negocio "es privativa de la jurisdicción del trabajo".

Sostiene en síntesis el opositor que si las cuatro series de pruebas que el recurrente singulariza dejaran alguna duda respecto de la autonomía o de la subordinación del actor frente a la demandada, con ello bastaría para que la apreciación del sentenciador fuera intocable.

Examen del cargo:

Para acoger las pretensiones del libelista, un análisis de las diferentes pruebas que éste considera erróneamente apreciadas debería persuadir a la Sala de que, efectivamente, la apreciación hecha por el sentenciador de tales piezas fue ostensiblemente equivocada. Sería menester por tanto que de ese análisis se desprendiera la ostensibilidad del yerro predicado del proveimiento recurrido. Es importante destacar este último aserto, porque es doctrina de casación laboral el principio de que la configuración de errores de facto en actos jurisdiccionales a los cuales se enjuicie por tal falla, debe motivarse en equivocaciones ostensibles, manifiestas y precisas que contrarien sin lugar a dudas la evidencia de la realidad. Armo-

niza lo anterior con la idea de la libre convicción razonable de que dispone el juzgador en la valoración de las situaciones de hecho, y es corolario de aquello la tesis —sustentada por el opositor— de que no cabe la infirmación del fallo cuando, en presencia de los hechos, las deducciones del **ad-quem** ostenten el carácter de simplemente dudosas. Esto último es lo que ocurre en el **sub-lite**. Ni de la carta de los folios 6 a 8, ni de la respuesta del folio 42, ni de las actas de los folios 9 a 12, ni de las relaciones de viaje etc. etc., se podría colegir con certeza la subordinación o dependencia del actor en frente de la demandada. Pero aún más: lo que aquí ocurre desde el punto de vista lógico al tratar de concretar la realidad del hecho investigado (subordinación), a la luz de aquellos documentos, es que cualquier deducción afirmativa o negativa sería dudosa; es decir, un pronunciamiento en torno a la existencia de la subordinación o uno contrario acerca de su inexistencia veríase cada cual rodeado de interrogaciones indespejables. Lo importante es destacar que existirían **tantas o más dudas** al deducir tal dependencia que al no deducirla.

En esta conclusión se aparta la Sala de las apreciaciones de instancia, ya que para el sentenciador "en autos hay protuberantes pruebas que conducen a la evidencia incontrastable de la plena y real autonomía e independencia de Marceliano Pinzón". No empece dicha discrepancia, concretada en la indubitación del **ad-quem** en frente de la inexistencia de la subordinación y de las dudas de la Sala en frente de un pronunciamiento positivo o negativo en torno de ese elemento contractual, es lo cierto, como ya se dijo, que militan en favor de una conclusión negativa —como es la del juzgador— situaciones de hecho más protuberantes que las que darían apoyo a una deducción positiva.

Prosiguiendo en su tesis de aseverar la autonomía e independencia de Pinzón, el fallador destacó varios aspectos fundamentales de la ejecución misma del contrato, sustentando que aquéllas "se ponen de bulto en virtud de una serie de hechos y de circunstancias ajenas al ejercicio de la función administradora, tales como la de incorporar a la administración unidades de una empresa distinta que según todas las apariencias manejadas, dirigía o administraba el mismo Pinzón; como la de contratar el transporte de carga y cobrar los fletes correspondientes al precio señalado por el Administrador; como la de hacer toda clase de gastos en el manejo de la carga y en su transporte; como la de hacer la propaganda de la administración con la "cooperación" de la Empresa; como la de nombrar y remover libremente a los enrolados en la tripulación de las embarcaciones ,inclusive al Capitán de la nave; como la de recibir en arrendamiento unos botes para servicio del convoy de las unidades puestas en administración; como la de acordar el canon de arrendamiento sin previo conocimiento de la Empresa; como la de autorizar despacho de carga y pasajeros sin sujeción a ninguna norma de la Empresa; como la de pagar servicios de muelle, de zarpe y de cargue sin atender más que su sola razón y criterio. No hay pues, manera de localizar el elemento 'subordinación' ni en los términos del contrato celebrado entre las partes del sub-lite ni en su ejecución".

Si ante tales hechos la conclusión del sentenciador resultare dudosa, al menos no sería contraevidente, y ello es bastante para mantenerla.

Para aclarar una de las cuestiones más abstrusas como es la de la "subordinación" como elemento integrante del contrato del trabajo, no es inusitado que la doctrina y la jurisprudencia laborales acudan a la técnica de la teoría económica. Se habla en ésta de los **factores de producción** o sea de los agentes (trabajo, empresa, capital y recursos naturales) que intervienen en el proceso de la producción. Algunos de aquellos son agentes humanos como el trabajador y el empresario y los otros son agentes materiales como el capital y la naturaleza. Mas es lo cierto que el factor de producción por excelencia es el hombre por el señorío que ejercen su trabajo e inteligencia sobre los elementos de la naturaleza y por su dinámica en la creación y acumulación de los bienes de capital.

El hombre, pues, considerado como factor más importante, interviene en dicho proceso de dos maneras diferentes: como **factor de producción autónomo e independiente** o como **factor de producción dependiente**. El primero participa en el proceso productivo de cualesquiera bienes o servicios sin nexo de sujeción a ningún otro factor jerárquicamente superior de carácter humano; es el empresario que desde el punto de vista laboral se emplea a sí mismo (self-employed) en la consecución de una finalidad económica, y corre los riesgos de ésta. El segundo contribuye al proceso productivo con sujeción al primero: es el trabajador que desde el punto de vista laboral es empleado por el primero (employed), en la obtención del objeto económico, sin que corra los ries-

gos de ésta. Para los efectos laborales aquél es el patrono y éste es el asalariado. El primero asume todas las contingencias del resultado y el segundo no asume ninguna, ni siquiera se aventura al riesgo de perder su salario. Entre ambos existe un nexo de subordinación del segundo respecto del primero, que es elemento esencial del contrato de trabajo celebrado entre ellos.

En casos tan atípicos como el que dio origen a la litis, se trata de descubrir si en el convenio innominado que celebraron y ejecutaron los contendientes, el actor asumía el carácter de factor de producción dependiente o era empleado respecto de la empresa demandada (evento en el cual se configuraría contrato de trabajo), o, en cambio, si se presentaba como co-empresario de la misma en el negocio o empresa de transportar carga por el río Magdalena, (caso en el cual no se estructuraría contrato de trabajo).

Para desentrañar el "quid" propuesto es menester reiterar que es propio del empresario asumir los riesgos, al tiempo que es de la naturaleza del empleado no correrlos; aún más: no aventurar ni siquiera la pérdida de su salario. Igualmente cabe observar que no importa en qué proporción los co-empresarios se distribuyan entre sí los riesgos, pues por mínima que sea la cuota que a uno de ellos se le asigne, por el solo hecho de asumirla será empresario.

Aplicando estas nociones al caso **sub-lite**, en referencia a las pruebas que se enumeran como mal apreciadas en el presente ataque indirecto, cabe observar:

1º Repugna a la idea del **no riesgo** del factor dependiente el hecho **sub-judice** de la pérdida que el actor y pretendido trabajador dice haber padecido la Empresa de "Transportes Santa Clara" (que tiene todas las visas de ser suya o de que aquél participaba en ella como co-empresario), debido a la espera de un convoy inadecuadamente movilizado (Carta del folio 45);

3q Repele igualmente a la noción del **no riesgo** por parte del trabajador, la propia tesis que sustenta el recurrente —y que esta Sala comparte— de que ante el lucro cesante esbozado en el punto anterior, avaluado en $ 6.000.00, el pretendido dependiente Pinzón no intentase reclamarlo de la Empresa Fluvial de Ocaña como perjuicios, sino simplemente advertirlo, pues esto indica que él como co-empresario o empresario de "Transportes Santa Clara" absorbía dicha pérdida, o participaba en las resultas de un negocio arriesgado (ibídem);

3º La gestión administrativa (con notables autonomía e independencia) de diferentes unidades pertenecientes a distintas empresas procura, si no la firme certeza, por lo menos la vehemente persuación de que el demandante era un factor independiente y no un trabajador subordinado;

4º Aunque el criterio para apreciar el contrato de trabajo es eminentemente realista (prestación del servicio), por lo cual se habla de contrato realidad, y la intención sea un elemento secundario, ésta puede consultarse en casos dudosos. El recuento de las pruebas documentales que el libelista tiene por mal apreciadas (especialmente de las cartas de folios 6 a 8 y 42 a 43), revela de manera indubitable cómo la intención de las partes —y por tanto el propio "animus" de Pinzón— no fue la de celebrar un contrato de trabajo con la subordinación de éste a la empresa Fluvial de Ocaña Limitada; pero aún más: su "status" real no fue el de un factor dependiente en la prestación de un servicio.

Las consideraciones precedentes bastan para desechar la acusación, pues no surgen de manera ostensible los errores de hecho que el recurrente predica del proveimiento recurrido.

Con todo, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte recurrente, confirmando una vez más la jurisprudencia de que aquéllas no deben imponerse cuando el recurso propicia la aclaración o ampliación de un punto jurisprudencial. Ello es lo que ha ocurrido en el presente caso, por lo cual el recurrente queda eximido de las costas.

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 proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla de fecha catorce (14) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) que fue objeto del presente recurso. Sin costas.

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

Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—José Gregorio Díaz Granados, Conjuez.—**Vicente Mejía Osorio,** Secretario.

DEMANDA CONTRA TODOS LOS SOCIOS DE UNA SOCIEDAD DE HECHO, AUNQUE EL SERVICIO NO SE HUBIERE PRESTADO SINO A ALGUNOS DE ELLOS.—LA SOCIEDAD DE HECHO PUEDE DEMOSTRARSE POR CUALQUIER MEDIO PROBATORIO

1.—La prueba de las sociedades comerciales regularmente constituídas es solemne por mandato expreso de la ley. En cambio, la comprobación de las sociedades de hecho se puede efectuar por cualquiera de los medios probatorios legales, ya que ésta es una de las formas de garantizar los intereses de los terceros que han tenido alguna relación jurídica con la sociedad irregular. Es incuestionable, pues, que la confesión es un modo adecuado para comprobar la existencia de la sociedad de hecho.

2.—Por tratarse de una sociedad de hecho, es procedente la ampliación de la parte demandada, ya que el artículo 2.084 del Código Civil prevé que se puede reclamar a todos los socios que componen dicha sociedad. No era imprescindible que el actor hubiera estado bajo las órdenes personales del recurrente, para que se estructurara la responsabilidad de éste, ya que como existía contrato de trabajo entre el actor y los Laboratorios y éste era socio en la sociedad de hecho, junto con el recurrente, se deduce la responsabilidad de ambos socios.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., julio ocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

MARIO CEBALLOS DUQUE demandó, por medio de apoderado, ante el Juez Cuarto del Trabajo de Medellín, a la empresa en liquidación "LABORATORIOS RECO LIMITADA", representada por su liquidador, doctor Ignacio Mejía Velásquez, para que previos los trámites de ley, se la condenara a pagarle las siguientes cantidades: $ 150.00 por cesantía; $ 50.00 por primas de servicio; $ 6.000.00 como indemnización por mora en el pago de las prestaciones; $ 600.00 como indemnización por la ruptura unilateral del contrato de trabajo; y $ 300.00 por preaviso. Subsidiariamente pidió que las condenaciones se hicieran por los valores que resultaran probados en juicio.

Refiere el libelo: Que Ceballos Duque prestó sus servicios a Laboratorios Reco Limitada, en calidad de Administrador, desde el 1º de julio de 1953 hasta el 30 de octubre del mismo año ,con un sueldo de $ 300.00 mensuales; que por algunas imputaciones que le hicieran un socio de la empresa y un ex-trabajador de la misma ante las autoridades oficiales, Ceballos fue detenido por tres días, a fines del mes de septiembre de 1953, y que cuando regresó al trabajo encontró una carta suscrita por el gerente de los Laboratorios, doctor Juan de Dios Cock, en la cual se le manifestaba que por haber abandonado el cargo, quedaba destituído; que por tal razón, el actor procedió a hacer entrega formal del cargo a la persona designada para reemplazarlo, entrega que terminó el 31 de octubre del citado año; que días más tarde Ceballos Duque hizo comparecer ante el Inspector del Trabajo de Medellín al Gerente de la empresa, quien aceptó la liquidación que allí se hizo de la cesantía y prima de servicios del actor, en cuantía total de $ 150.00, suma que no fue pagada, pues el señor Cock calumniosamente insistía en hacerle a Ceballos las imputaciones de presuntos ilícitos, llegando su temeridad hasta el punto de presentar contra él denuncia criminal que la investigación penal correspondiente culminó con auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Juez Cuarto Superior de Medellín y confirmado por el Tribunal Superior de la misma ciudad.

Posteriormente el actor adicionó y reformó el libelo en el sentido de hacer extensiva la demanda al doctor JUAN DE DIOS COCK, en su propio nombre, sobre la base de que durante el tiempo en que Ceballos prestó sus servicios a los Laboratorios Reco Limitada, éstos habían formado ya "una especie de Sociedad de Hecho" con el doctor Cock, quien asumía dentro de la empresa funciones directivas.

Los demandados negaron los hechos y se opu-

sieron a que se hicieran las declaraciones impetradas; y el apoderado de Laboratorios Reco Limitada ,propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, ausencia de causa, ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, inexistencia de la relación contractual alegada, ilegitimidad de la personería adjetiva de la parte demandada y la genérica.

El Juez del conocimiento, en sentencia de enero 12 de 1956, condenó a la Empresa Laboratorios Reco Limitada, a pagar al demandante las siguientes cantidades: $ 84.60 por cesatía, $ 84.60 por prima de servicios, $ 500.00 como indemnización por lucro cesante, y $ 8.33 diarios a partir del 15 de diciembre de 1954 y hasta cuando se verifique el pago de las sumas antes reconocidas; la absolvió de los demás cargos formulados en la demanda y declaró no probadas las excepciones propuestas; así mismo absolvió al doctor Juan de Dios Cock de todos los cargos formulados contra él.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, al conocer de la apelación interpuesta por la parte vencida, en sentencia de 22 de febrero de 1956 modificó el fallo del **a-quo** en el sentido de condenar a Laboratorios Reco Limitada (en liquidación) y al doctor Juan de Dios Cock, solidariamente, a pagar al demandante Ceballos, lo siguiente: $ 75.06 por cesantía, $ 74.10 por prima de servicios, $ 600.00 como indemnización por lucro cesante, y una indemnización por mora a razón de $ 9.86 diarios a partir del 1º de julio de 1955 y hasta el día en que se verifique el pago de las prestaciones; absolvió a los demandados de los demás cargos de la demanda; declaró no probadas las excepciones propuestas; y no condenó en costas .

Contra la providencia del Seccional los apoderados de la empresa y del doctor Cock, interpusieron recurso de casación que fue admitido por esta Superioridad. El recurso solamente fue sustentado por el procurador judicial del doctor Juan de Dios Cock. El opositor presentó un breve escrito en que se limita a manifestar que se opone decididamente a que la Corporación case la sentencia acusada. porque en su sentir, la demanda de casación no reune los requisitos de forma propios de este medio extraordinario de impugnación.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Persigue la casación total de la sentencia indicada en cuanto por ella se condenó al doctor Cock para que, en su lugar, se le absuelva de todos los cargos de la demanda.

PRIMER CARGO:

Acusa violación de los artículos 36, 249, 306, 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de error de hecho por apreciación errónea y falta de apreciación de pruebas que singulariza. Estas son: la declaración de Ignacio Velásquez y la escritura pública número 637 de 16 de agosto de 1954, otorgada en la Notaría Sexta (6ª) de Medellín (folios 66 y siguientes), como pruebas erróneamente apreciadas; y respecto a la declaración de Mario Ceballos Duque, el contrato de trabajo suscrito entre Ignacio Velásquez a nombre de Laboratorios Reco Limitada con el trabajador demandante, el certificado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y la declaración de Ignacio Velásquez, como pruebas que se dejaron de apreciar.

Afirma el recurrente que la condenación contenida en la sentencia en contra del doctor Juan de Dios Cock, solidariamente con el primitivo demandado, Laboratorios Reco Limitada, tiene su fundamento en la afirmación que aparece en la corrección de la demanda, o sea, de que Cock tenía formada una especie de sociedad de hecho con la empresa en mención, hecho fundamental que no ha sido plenamente establecido, ya que, en ningún momento el actor dice haber trabajado al servicio personal de Cock. Agrega que la providencia acusada es reformatoria de una sentencia en la cual se absolvió a Cock, luego era de esperarse que aquélla fuera más explícita en cuanto a la fuente que encontró para deducirle responsabilidad a éste; transcribe algunos apartes de la decisión del Tribunal; cita jurisprudencia de la Corte sobre la prueba de las sociedades de hecho; analiza ampliamente las pruebas que en su concepto fueron unas erróneamente valoradas y otras dejadas de apreciar, y concluye afirmando que la decisión del Tribunal es equivocada porque dedujo una responsabilidad solidaria contra el doctor Cock, quien no estuvo vinculado, ni directa ni indirectamente, con el actor de la instancia.

Se considera:

La decisión del Tribunal por la cual se hace extensiva su sentencia condenatoria a Juan de Dios Cock se apoya principalmente en dos pruebas: el testimonio de Ignacio Velásquez A. y el documento de folios 66 vuelto, 67 y 67 vuelto. La idoneidad del primero para declarar en el **sub-lite** no puede desconocerse por razón de que era uno de los socios de Laboratorios Reco Limitada, en cuya representación celebró el contrato escrito de

trabajo con Mario Ceballos Duque y, porque, además, intervino en su preindicado carácter en la confección de la escritura de disolución y liquidación tanto de la sociedad de hecho compuesta por Laboratorios Reco Limitada y Juan de Dios Cock como de la sociedad comercial Laboratorios Reco Limitada. Es lógico deducir que él estuviera enterado de la existencia de la mencionada sociedad de hecho pues era partícipe indirecto de ella y suscribió el documento de disolución y liquidación antes referido. En lo concerniente a la escritura corrida en la Notaría Sexta de la ciudad de Medellín (folios 66 vuelto y siguientes), a juicio de la Sala constituye una prueba digna del mayor crédito, ya que fue producida ante un funcionario público y porque en su elaboración no sólo intervinieron los socios de Laboratorios Reco Limitada, sino el propio doctor Cock, como es fácil constatarlo viendo los nombres de las personas que aparecen encabezando la minuta y suscribiéndola al final. No se trata, pues, de cualquier clase de prueba, la que acredita la existencia de la sociedad de hecho convenida durante el año de 1953, sino de la propia confesión de los socios que la integraron, consignada en un acto notarial.

Sabido es que la prueba de las sociedades comerciales regularmente constituídas es solemne por mandato expreso de la ley. En cambio, la comprobación de las sociedades de hecho se puede efectuar por cualquiera de los medios probatorios legales, ya que ésta es una de las formas de garantizar los intereses de los terceros que han tenido alguna relación jurídica con la sociedad irregular. Es incuestionable, pues, que la confesión es un modo adecuado para comprobar la existencia de la sociedad de hecho.

Por consiguiente, la deducción del Sentenciador no es equivocada y mucho menos de ella resulta un ostensible error de valoración probatoria.

* * *

En lo que se refiere a la falta de apreciación de las pruebas señaladas por el recurrente (declaración de Mario Ceballos Duque, contrato de trabajo, Certificado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y declaración de Ignacio Velásquez), es de observar que evidentemente ellas hacen alusión a las relaciones del empleado demandante con Laboratorios Reco Limitada. Pero en verdad en esto no radica lo sustancial del problema jurídico, pues el Tribunal no ha desconocido la realidad de tales nexos laborales. Lo que ocurre es que en el campo de la responsabilidad laboral, el demandante, al tener conocimiento de la indicada sociedad de hecho, hizo extensiva su acción al doctor Juan de Dios Cock. Esta determinación se ajusta perfectamente a la ley, pues por tratarse de una sociedad de tal clase, era procedente la ampliación de la parte demandada, ya que el artículo 2.084 del Código Civil prevé que se puede reclamar a todos los socios que componen dicha sociedad. No era imprescindible que Ceballos Duque hubiera estado bajo las órdenes personales del doctor Cock para que se estructurara la responsabilidad de éste, ya que como existía contrato de trabajo entre Ceballos Duque y Laboratorios Reco Limitada y éste era socio en la sociedad de hecho, junto con el doctor Cock, se deduce la responsabilidad de ambos socios.

Tampoco por este aspecto se configura un manifiesto error de hecho.

El cargo no prospera.

* * *

SEGUNDO CARGO:

Acusa infracción directa de los artículos 471 del C. J. y 249, 306, 64 y 65 del C. S. del T.

Argumenta el recurrente, que al producir la sentencia acusada condenaciones en contra de Juan de Dios Cock, se salió de los límites de la demanda, pues ni en ésta ni en su reforma, se habla de vinculación de Ceballos Duque a Cock o a una sociedad de hecho, y muy al contrario, se dice que los servicios prestados por el demandante, lo fueron en favor de Laboratorios Reco Limitada y que el despido fue decretado por la misma sociedad; que en tales condiciones, no existen fundamentos de derecho para que pudiera legalmente condenarse al doctor Cock, de donde se deduce, que al no estar la sentencia en consonancia con la demanda, el Tribunal incurrió en la violación del artículo 471 del C. J. y violó también las normas del C. S. del T. citadas al comienzo del cargo.

Se considera:

En concepto de la Sala, es un hecho procesal evidente que Juan de Dios Cock fue demandado conjuntamente con Laboratorios Reco Limitada. En efecto, inicialmente la acción judicial sólo se instauró contra los mencionados Laboratorios pero, posteriormente y en oportunidad legal, el trabajador adicionó su demanda haciéndola extensiva al doctor Cock (Folio 26). De ella se

corrió traslado al otro demandado (folio 31) y éste la contestó por medio de apoderado, observándose que no se le hizo reparo alguno en cuanto a sus requisitos formales aunque sí se manifestó en el escrito de respuesta que Mario Ceballos Duque nunca tuvo vínculo laboral con el doctor Juan de Dios Cock pero sin que se interpusieran las excepciones pertinentes. La situación jurídica del doctor Cock, pues, está claramente definida en el **sub-lite**, tratándose de un hecho que no se puede desconocer y procesalmente respetable en casación. De consiguiente, no se ha configurado la violación del artículo 471 del C. J. que sostiene el recurrente puesto que la sentencia sí está en concordancia con lo demandado por el trabajador.

Aclarado lo anterior, se ve entonces que el problema deriva hacia la responsabilidad solidaria de doctor Cock como consocio de la sociedad de hecho formada entre él y los Laboratorios Reco Limitada, pero como ya la Sala, en el estudio del cargo anterior, realizó el análisis de la responsabilidad de los socios en la sociedad de hecho, se remite a tal estudio para resolver lo fundamental de la acusación que se examina.

Por lo expresado, el cargo no prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo 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.

REINTEGRO DEL TRABAJADOR DESPEDIDO EN CASO DE MORA DE LA ADMINISTRACION EN EL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES. — SUBSISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO PARA ESTOS EFECTOS. — LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES MUNICIPALES QUE EFECTUEN EL ASEO PUBLICO, ESTAN LIGADOS A LA ADMINISTRACION POR CONTRATOS DE TRABAJO. — LAS COSTAS COMO MOTIVO DE CASACION

1.—El artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 no impone la obligación de reintegrar al trabajador cuyo contrato se haya dado por terminado, ni tampoco lo hace el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que se limita a disponer que si el patrono no paga oportunamente lo que le adeude a aquél, subsiste a su cargo la obligación de satisfacerle el valor de los salarios, hasta cuando efectúe el pago de la referida deuda o haga el depósito ante autoridad competente.

2.—Conforme a reiterada jurisprudencia, lo relativo a costas, "por ser punto accesorio en el debate y no emanar de normas sustantivas de derecho laboral, no es motivo de casación del trabajo que persigue la unificación de jurisprudencia en relación precisamente con dicha clase de textos y no con otros".

3.—Es evidente que el aseo de las calles y de otros lugares públicos, es un servicio que generalmente prestan las entidades administrativas de modo gratuito o mediante el cobro de las tasas estrictamente indispensables para atender a su normal funcionamiento. Pero bien pueden entidades o personas particulares, interesadas en la protección de la salubridad general o en el embellecimiento de las ciudades, fundar y manejar ese servicio con sus propios medios y sin ningún ánimo de lucro. Y según los términos del artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945 basta esa simple posibilidad para que los trabajadores ocupados en el respectivo servicio o institución se presuman cobijados por las normas del contrato de trabajo.

En este sentido se ha pronunciado ya la jurisprudencia laboral. Al respecto cabe citar el siguiente aparte de la sentencia de fecha 24 de marzo de 1956, dictada por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo:

"El artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945 dice que por regla general no hay contrato de trabajo con los empleados públicos, pero sí lo hay cuando se trata de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas por éstos en la misma forma. Ahora bien, como el ramo del aseo es un servicio público que pueden prestar los particulares y que de hecho lo prestan en algunos lugares, pues no es esencial del concepto de entidad de derecho público el ejecutar obras públicas de aseo, la relación del demandante con la entidad municipal no es administrativa sino laboral" (JOSE DEL CARMEN BERNAL contra el MUNICIPIO DE BOGOTA).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., catorce de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

LUIS SUAREZ JAIME demandó por medio de apoderado al MUNICIPIO DE BOGOTA, representado por su Personero, para que se hicieran a favor del actor y en contra de la entidad demandada las siguientes declaraciones y condenaciones: reanudación del contrato de trabajo, reintegro al cargo de obreros del ramo de aseo, "salarios caídos" desde el día del despido hasta la fecha del reintegro, preaviso en la cantidad de $ 41.90, o cuanto más se probare, aumento de salario de conformidad con el Decreto 3.871 de 1949, el valor del tiempo faltante para cumplirse el término presuntivo del contrato y los intereses legales a que haya lugar.

Se afirma en los hechos de la demanda que Suárez Jaime prestó sus servicios al Municipio de Bogotá, como obrero del ramo de aseo, desde el 21 de julio de 1951 hasta el 11 de abril de 1952,

fecha en que fue despedido sin justa causa; que devengó durante los tres últimos meses un jornal de $ 4.19; que cuando fue despedido le faltaban 100 días para completar un período semestral del plazo presuntivo del contrato y que el Municipio no le pagó dentro de los 90 días subsiguientes al despido ni el auxilio de cesantía ni los salarios del preaviso.

Fundó su derecho en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945; en los artículos 47 y 65 del C. S. del T.; en los Decretos Ejecutivos 2.127 de 1945, 797 de 1949 y 3.871 del mismo año; en el Acuerdo Municipal de Bogotá número 37 de 1949 y en el artículo 1.617 del C. C.

La entidad demandada se opuso a la demanda y propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, carencia de acción y título, prescripción, pago y las demás que resultaran demostradas.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el séptimo del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, en su fallo desestimó las peticiones de la demanda y por consiguiente negó las declaraciones y condenaciones que en ellas se solicitaron y condenó en costas a la parte actora.

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, al conocer de la apelación interpuesta por el apoderado de Suárez Jaime, revocó la sentencia del inferior y, en su lugar, condenó al Municipio de Bogotá a pagar al demandante la suma de $ 419.00, por concepto de los salarios correspondientes al tiempo faltante para el vencimiento del último período presuntivo del contrato de trabajo. Condenó al demandante a pagar un 70% de las costas de primera instancia. No hizo condenación en costas en la segunda.

Contra este fallo ambas partes interpusieron el recurso de casación, que concedido, admitido y tramitado debidamente va a decidirse previo estudio de los respectivos escritos

EL RECURSO DEL TRABAJADOR

Pretende que se case la sentencia impugnada y que en su lugar se dicte otra que acoja todas las peticiones del libelo inicial.

Formula cuatro cargos que serán examinados a continuación.

PRIMER CARGO

(REINTEGRO — REANUDACION DEL CONTRATO)

Sostiene el recurrente que hubo violación directa o aplicación indebida del Decreto 797 de 1949 y del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, y que, además, se aplicó indebidamente el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

En sustentación del cargo dice que el fallador no ha debido abstenerse de aplicar el Decreto 797 de 1949 porque ni la Constitución prohibe que se condene a la reanudación de un contrato de trabajo ni la ley prohibe condenar al pago de salarios moratorios. Y en cuanto a la doctrina legal más probable, anota que la Sala Laboral de la Corte ha dictado más de tres decisiones uniformes en favor de la condena al pago de salarios moratorios a cargo del Distrito Especial de Bogotá.

Se considera:

La acusación se refiere no sólo al punto concerniente al reintegro y a la reanudación del contrato, sino también a los "salarios caídos". Pero como acerca de éstos se ataca el fallo en otro cargo, aquí se estudiará únicamente el primer aspecto.

En reiterada jurisprudencia se ha expresado que la legislación colombiana no consagra el derecho al reintegro del trabajador despedido sino "para los trabajadores que disfrutan de fuero sindical, conforme a reglamentación extraña al juicio ordinario de trabajo; y también en los casos de maternidad que preveen los artículos 12 del Decreto 1.632 de 1938 y 241 del C. S. del T. y en los eventos de suspensión del contrato por llamada del trabajador a prestar servicio militar obligatorio (numerales 5º de los artículos 44 del Decreto 2.127 de 1945 y 51 del C. S. del T), o por la paralización temporal de actividades de que tratan los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 44 del Decreto 2.127 de 1945 y los mismos numerales del artículo 51 del C. S. del T., en armonía con los artículos 45 del citado Decreto 2.127 y 52 del Código".

El artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 no impone la obligación de reintegrar al trabajador cuyo contrato se haya dado por terminado, ni tampoco lo hace el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que se limita a disponer que si el patrono no paga oportunamente lo que le adeuda a aquél, subsiste a su cargo la obligación de satisfacerle el valor

de los salarios, hasta cuando efectúe el pago de la referida deuda o haga el depósito ante autoridad competente.

El demandante no tenía, pues, derecho para obtener la declaratoria de reanudación del contrato ni su reintegro al cargo, por lo cual la sentencia que así lo decidió no pudo violar, por ese motivo, los textos legales que cita el recurrente. En consecuencia, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

(PREAVISO)

Acusa por infracción directa del artículo 50 del Decreto 2.127 de 1945, y subsidiariamente por violación indirecta, a través de error de hecho consistente en haber dejado de apreciar las pruebas que obran en los folios 4, 5, 6, 75 y 85 del cuaderno principal.

Sostiene el recurrente que conforme a la disposición citada, al trabajador, antes del despido, debe avisársele con antelación equivalente al período de pago, que en el caso de autos era de 15 días.

Se considera:

El sentenciador decidió ese punto así:

"La institución del desahucio en los casos en que se requiere, constituye siempre un requisito que debe anteceder a una justa causa o al modo legal (cláusula de reserva) para dar o de dar (sic) por terminado un contrato de trabajo. Cuando el preaviso no se dá, debiendo darse, o no se paga, en su defecto, en la debida oportunidad, el rompimiento del vínculo laboral deviene ilegal y, entonces, lo único que procede, es la reclamación de perjuicios compensatorios (lucro cesante y daño emergente). Al contrario, cuando el despido no obedece a una justa causa o al uso de la cláusula de reserva, es indiferente que se dé o no se dé preaviso o que se pague o no se pague, en su lugar, pues en cualquier caso esa decisión unilateral es ilegal y quien la toma debe pagar los perjuicios".

Como se ve, el fallador, para resolver negativamente la petición sobre pago de los salarios correspondientes al período del preaviso, se funda en una interpretación de la ley, que el recurrente no ataca en forma alguna. Por otra parte, el artículo 50 del Decreto 2.127 de 1945, que cita como violado, trata del aviso previo en el caso de que las partes hayan estipulado la cláusula de reserva, y como este extremo no aparece demostrado, no hay base para el examen de la cuestión materia del cargo. Por tanto, se le rechaza.

TERCER CARGO

(COSTAS)

Sostiene el recurrente que el fallador aplicó indebidamente el Decreto número 0243 de 1951 al condenar en costas a Luis Suárez Jaime.

Se considera:

Conforme a reiterada jurisprudencia, lo relativo a costas, "por ser punto accesorio en el debate y no emanar de normas sustantivas de derecho laboral, no es motivo de la casación del trabajo que persigue la unificación de jurisprudencia en relación precisamente con dicha clase de textos y no con otros".

CUARTO CARGO

(SALARIOS CAIDOS)

Está presentado así:

"Como la sentencia se negó a condenar al pago de los salarios caídos con base en los mismos argumentos que invoca para negarse a condenar al reintegro de LUIS SUAREZ JAIME, formulo a la sentencia del Tribunal el mismo cargo de violación directa del Decreto 797 de 1949 y de aplicación indebida del artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

"Además, cometió el H. Tribunal error de hecho al negarse a condenar al pago de salarios caídos, siendo así que a los folios 4, 5, 6, 75 y 85, aparece constancia de que LUIS SUAREZ JAIME fue despedido del servicio oficial del Distrito Especial de Bogotá a partir del 11 de abril de 1952, mientras que la cesantía no le fue cubierta sino el 18 de junio de 1953.

"El caso de LUIS SUAREZ JAIME es el mismo ya fallado favorablemente a los trabajadores por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, en los de JOSE GREGORIO MARTINEZ, ABRAHAM MUÑOZ PARRA y CARLOS JULIO RAMIREZ. Por tal motivo no me extiendo en otras consideraciones sobre el particular".

Se considera:

El Tribunal, para rechazar la pretensión de salarios caídos, transcribe y reitera lo que la misma entidad expresó en la sentencia con la cual puso fin en segundo grado al juicio de OLIVERIO GARZON contra el MUNICIPIO DE BOGOTA, a saber:

"El Decreto 797 de 1949, invocado en sustento de estas solicitudes, sustituyó el artículo 52 del 2.127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del año últimamente citado.

"Mas, a juicio de esta Corporación, así el sustituído en la norma destacada, como el sustituto, exceden la potestad reglamentaria, por lo cual precisa dejarlos de aplicar en el caso **sub-judice**, en fuerza de lo estatuído en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

"Con efecto, en vista de que la Ley 6ª de 1945 no estableció, en ninguna de sus disposiciones, que el vínculo laboral no feneciera por la mora en el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos, el extinto Tribunal Supremo del Trabajo explicó que "cuando el artículo 52 del Decreto 2.127 de 1945 dice que no se considerará terminado el contrato de trabajo sino cuando se paguen los salarios y prestaciones, no está diciendo que el contrato continúa con existencia real, sino que por ficción legal debe considerarse vigente para que resulte la indemnización que la jurisprudencia ha considerado consistente en los salarios de dicho tiempo". Y agregó: "No continúa la existencia misma del contrato sino por la ficción legal que persigue en tal forma la indemnización del perjuicio causado por la mora, luego la disposición no es contraria a la Ley 6ª de 1945 sino que tiene su apoyo en el artículo 11 de la misma". (Sentencia de 27 de marzo de 1953, juicio de Luis Angel Valencia contra el Departamento de Caldas).

"Pero, en primer lugar, esta "ficción", evidentemente no es legal. Si algún nombre le cabe es el de "reglamentaria". Esto sentado, importa agregar que, en el ordenamiento jurídico colombiano, las ficciones siempre son legales, entendiendo por ley, ésta, el decreto legislativo o el decreto-ley. Una reglamentaria es, en consecuencia, por sí propia ilegal, pues desde que no pertenece ni está incorporada en el texto de la ley impone, necesariamente, obligaciones o prohibiciones no contempladas en ésta".

"La demostración carece de dificultades en el caso que se examina. El artículo 11 de la ley reglamentada es del siguiente tenor: "En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable". Esta indemnización, ello es obvio, comprende únicamente los perjuicios conocidos con el nombre de **compensatorios**; se halla "instituída por igual, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, a favor de las partes contratantes con el propósito de resguardar el cumplimiento total el cumplimiento total (sic) de las obligaciones". En cambio, la que la jurisprudencia ha deducido de la ficción "reglamentaria" prenombrada —salarios caídos— es de índole exclusivamente **moratoria**, pues persigue "proteger el pago inmediato al trabajador de las deudas laborales a la terminación del vínculo culaquiera que sea la causa por la cual se haya extinguido"; tal indemnización —continúa la Corte— "es indiferente a razones de cumplimiento o incumplimiento del contrato y, por lo mismo, sólo está establecida a favor del trabajador". "Son, pues, de tipo diferente por su naturaleza y por sus objetivos", concluye el alto Tribunal. (Auto de 28 de febrero de 1957, juicio de Luis H. Herrera contra Rafael Duque).

"Lo mismo, sin otras consideraciones o adiciones, deviene indispensable predicar del inciso 1º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que regula el fenómeno de la mora para los contratos de trabajo celebrados entre particulares, pues está concebido en iguales términos que las disposiciones que deroga, y aun del parágrafo 1º subsiguiente.

"El parágrafo 2º, que gobierna el fenómeno anotado para los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, merece algunas anotaciones adicionales.

"La sentencia singularizada **at-supra**, al rededor de este parágrafo sentó, quizá por primera vez, la siguiente jurisprudencia: "Producido, pues, el despido (o el retiro en su caso) de un trabajador vinculado a la entidad oficial por un contrato de trabajo ,sólo se considera suspendida tal relación jurídica, por el término de 90 días, en el cual deben cumplirse todos los trámites para la liquidación y pago de las prestaciones, indemnizaciones y salarios que se adeuden al trabajador, como se ha dicho. Es obvio que durante dicho término la entidad oficial no está obligada a pagar salarios por servicios no recibidos ni puede considerársela en mora ni incursa en sanción alguna, ya que éstas son precisamente las finalidades de la nueva reglamentación. Pero transcurridos los 90 días señalados en el Decreto, sin el reconocimiento y pago de aquellas prestaciones, indemnizaciones y salarios que se adeuden, recobra el vínculo su plenitud jurídica y el trabajador puede volver a su oficio y reclamar todas las ventajas de su situación laboral. Sólo en este sentido cabe hablar de un derecho a ser reintegrado en el cargo y, si no lo fuere, a reclamar nuevos salarios hasta

que se le restituya a su empleo y se le cancele lo anteriormente debido. Mas como el contrato de trabajo es un vínculo bilateral, y respecto de éstos nadie está en mora de cumplir sus obligaciones, mientras la otra parte, a su turno, no cumpla las suyas o manifieste estar listo a cumplirlas, la entidad oficial sólo tiene obligación de reintegrar a su trabajador, si éste, a su vez, se presenta a cumplir su deber laboral".

"Esta jurisprudencia, sin embargo, apegada a las palabras empleadas en el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, le hacía producir a éste efectos notoriamente ilegales, pues tanto la suspensión como la reanudación de que él trata se produce después de la expiración real de la atadura jurídica-laboral, lo que es un imposible lógico y jurídico. Por ello, no subsistió mucho tiempo.

"En su reemplazo se produjo otra, todavía vigente, que, en lo fundamental sostiene: a) "Pero el Decreto 797 de 1949 .....estableció un plazo para que se liquidaran y pagaran las sumas debidas a los trabajadores oficiales....."; "b) También resultaron excluídas de pago de salarios caídos las entidades de derecho público en el caso de mora en el pago de sus obligaciones, ya que lo dispuesto en el inciso 3º del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, es la recuperación real del vínculo y nó la ficción de que trataba el artículo 52 del Decreto 2.127 de 1945, como resulta claramente de la diferente redacción de las disposiciones, recuperación real que es imposible por vía legal después de la terminación que implica el inciso 1º del mismo parágrafo 2º cuando dice que se haga efectivo el despido o retiro del trabajador...; y "c) Por ello, se ha de recurrir al sistema general de indemnización por mora, o sea, a los intereses moratorios consagrados en la legislación civil, en los casos en que las entidades de derecho público o las instituciones de previsión (en su caso) dejen de cumplir sus respectivas obligaciones". Tribunal Supremo del Trabajo. Sentencia del 14 de septiembre de 1954, juicio de Eliécer Camelo contra el Municipio de Bogotá.

"Para abundar en razones, a lo dicho por el extinto Tribunal de Casación Laboral en la decisión mayoritaria parcialmente transcrita, importa agregar que: 1º Aún en el supuesto de que el plazo que el parárafo 2º en examen dá a la Administración hubiese tenido como único objeto el desplazamiento de la ficción subsistencial del contrato de trabajo para, de esta suerte, sustraer temporalmente de la relación jurídica la causa para cobrar salarios caídos, dicho parágrafo sigue siendo ilegal por imponer, según se dejó expuesto arriba, una obligación de indemnizar perjuicios moratorios no consagrada en la ley que pretende reglamentar; y 2º) Aún en el supuesto de que por aquélla —la del Tribunal Supremo— y estas razones se sostuviese, entonces, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, la aplicación analógica del inciso 1º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 o del artículo 52 del Decreto 2.127 de 1945, ya está demostrado, en concepto de esta Corporación, cómo ni el uno ni el otro pueden resolver tal aplicación por exceder, ellos también, la potestad reglamentaria".

Como se trata de un caso análogo al de PEDRO ANTONIO PERILLA contra el MUNICIPIO DE BOGOTA, estudiado en sentencia de 11 de junio último, se reproduce lo que sobre el particular se dijo en dicha sentencia:

"Para esta Sala de la Corte, la potestad reglamentaria que, desde luego, debe ser ejercida siempre **intra-legem**, cuando versa sobre materias en que va envuelto el interés social, como en el caso de las relaciones entre patronos y trabajadores, es necesariamente menos limitada que cuando se refiere a medidas susceptibles de afectar tan sólo el interés individual de los ciudadanos. Y si, como ocurre a menudo en tratándose de esas relaciones, de suyo complejas y cambiantes, la voluntad del legislador no se manifiesta en forma completa y definida, resulta muchas veces imperioso extremar las medidas que tiendan al cabal desarrollo de los principios generales expresados por aquél, tanto más si tales principios, por haberse inspirado en el derecho tradicional, han de ser adaptados a la especial naturaleza del Derecho del Trabajo.

"El artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 es, precisamente, un ejemplo típico al respecto. Su texto dice:

"En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable".

"Este artículo transplantó, como se ve, una antigua institución civil (lex commissoria, la llamaron los romanos) a la esfera de las relaciones laborales. Y si bien descartó uno de los términos de la disyuntiva del ordenamiento privado, o sea la opción a exigir el cumplimiento de lo pactado, en cambio, por falta de una exacta regulación, dejó expuesta la indemnización de perjuicios a las más

contradictorias soluciones. Resultaba, pues, necesario adecuar el referido precepto a la peculiaridad del contrato de trabajo, y al hacerlo debieron tenerse en cuenta, entre otras, estas circunstancias:

"a) El de trabajo, no es un contrato rígido, sujeto enteramente a la autonomía de las voluntades privadas, sino flexible y fiscalizado por los poderes públicos, en orden a la protección del trabajador, que se supone la parte débil, y cuyas condiciones repercuten en la vida económica y social de la comunidad;

"b) Los derechos que emanan del contrato laboral en favor del trabajador, son irrenunciables, y para que cumplan su función vital deben serle satisfechos sin dilación. Por ello, la terminación del contrato debe condicionarse lógicamente al pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden al trabajador;

"c) El desempleo ocasiona graves perjuicios al trabajador y su familia y determina una anormalidad económica y social, que al Estado corresponde precaver por todos los medios;

"d) La renuencia, sin motivo justificado, del empresario, empleador o patrono al pago oportuno de los salarios y prestaciones debidos, contraría la buena fé, lo cual, por sí solo, y en atención al carácter relievante de ese principio en el contrato de trabajo, justifica una sanción, que bien puede traducirse en beneficio pecuniario para el trabajador, tanto más cuanto que a éste se le priva de su única fuente de ingresos;

"e) La administración pública, cuando a las relaciones de ella con sus servicios es aplicable el régimen del contrato de trabajo, no tiene, por razón de los sistemas de contabilidad y de control iguales facilidades prácticas para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, que los empresarios o patronos particulares, lo cual impone el otorgamiento de un plazo prudencial para ese fin.

"Reflejo de las expresadas circunstancias son los artículos 51 y 52 del Decreto 2.127 de 1945, que se transcriben en seguida:

"ARTICULO 51.—Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar".

"ARTICULO 52.—Salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado en ningún caso el contrato de trabajo, antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeuda, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto al monto de tal deuda, bastará que el patrono entregue o consigne la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia".

Más tarde, el Decreto 797 de 1949, en su artículo 1º, reprodujo el artículo 52, y en el parágrafo 2º dispuso lo siguiente sobre los contratos de trabajo con los servidores oficiales:

"Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto, sólo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de este término los funcionarios o entidades respectivos deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador.

"Durante la suspensión de los contratos de trabajo a que se refiere este artículo, serán de aplicación las normas contenidas en el artículo 46 del presente Decreto y estarán a cargo de la Caja de Previsión Social a que se hallen afiliados los trabajadores oficiales, o del respectivo Tesoro Nacional, Departamental o Municipal, si no existiere tal Caja, o del fondo especial que cubra sus remuneraciones en los casos señalados en el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, el reconocimiento y pago del seguro de vida y el auxilio funerario en caso de muerte dentro del período de suspensión, así como los auxilios monetarios y la asistencia médica de que haya venido disfrutando el trabajador desde antes de la fecha del retiro en los casos de enfermedad o accidente de trabajo, y hasta por el término que señala la ley.

"Si transcurrido el término de noventa (90) días señalado en el inciso primero de este parágrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán su vigencia en los términos de la ley".

"Las disposiciones que se han transcrito, determinan la manera de calcular el lucro cesante ("los

salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo"), que es una de las fases de la indemnización de perjuicios previstas en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, y subordinan la extinción del vínculo jurídico contractual al pago o consignación por el patrono del valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeuda al trabajador, disposición esta última que tiene su antecedente legal en el artículo 8º de la misma ley, que exigía, para el caso de la terminación unilateral del contrato, la "previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar".

"Cuando en el primer inciso del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que reproduce el artículo 52 del Decreto 2.127 de 1945, se dice que "no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude", quiere significarse que la simple separación material del trabajador, cuyas relaciones personales con el patrono "pudieran hacerse muy penosas y hasta ocasionar algunas perturbaciones en el establecimiento en que trabaja", como lo observa Planiol (Tratado de Derecho Civil, T. XI, página 90), no acarrea necesariamente la completa cesación del vínculo jurídico, y por ello el patrono continúa obligado al pago de los salarios.

"Y si respecto de los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, se habla de que dichos contratos se consideran "suspendidos" hasta por el término de 90 días, plazo que se concede para efectuar la liquidación y pago de lo que la administración adeude al trabajador, y de que pasado ese plazo los contratos "recobrarán su vigencia", apenas debe entenderse que el vínculo jurídico subsistente, aislado de la prestación del servicio, no envuelve la obligación de pagar salarios durante el término de gracia, pero sí desde que éste concluye, y hasta cuando se cubra al trabajador lo que se le adeude o se haga el depósito ante autoridad competente.

"Es de advertir que la anterior jurisprudencia explicaba estos fenómenos mediante la tesis de la subsistencia ficcionada del contrato de trabajo (ver sentencias del 27 de marzo de 1953 —Luis Angel Valencia contra el Departamento de Caldas— y del 17 de junio de 1957 —Abraham Muñoz contra el Municipio de Bogotá.

"Ahora bien, es cierto que el pago de salarios una vez que el trabajador deja de prestar efectivamente sus servicios, no es estrictamente una indemnización de perjuicios proveniente del incumplimiento de las estipulaciones contractuales, o sea que no cabe dentro del concepto general de daño emergente o de lucro cesante. Pero tampoco se trata, como lo entiende el fallador, de los simples intereses moratorios de un crédito laboral, porque la obligación de pagar salarios durante el lapso comprendido entre el momento en que el trabajador deja de prestar sus servicios hasta aquél en que recibe o se pone a su disposición el valor de lo que le adeuda el patrono por retribución del trabajo, prestaciones e indemnizaciones, asume el carácter de una indemnización suplementaria de perjuicios, que tiene apoyo en las normas comentadas y cuya aplicación está condicionada a la buena o mala fé del patrono, a la manera como ocurre en el derecho positivo francés, según lo anota Josserand en los siguientes términos: "El artículo 1.153, modificado por ley de 7 de abril de 1900, decide en su último apartado que si el **deudor de una suma de dinero** causa a su acreedor por su retardo en pagársela, un **perjuicio independiente de dicho retardo**, puede ser condenado por ello a **"intereses distintos de los intereses moratorios del crédito"**, es decir, a daños y perjuicios suplementarios justificados por su mala fé". (Derecho Civil, Traducción española, Tomo II, Volumen I, Pág. 513).

"Y es obvio que independientemente del retardo, el trabajador que, por renuencia injustificada del patrono, no recibe oportunamente el valor de sus salarios prestaciones e indemnizaciones, ve afectados sus prospectos económicos, que giran necesariamente en torno a los derechos mínimos que la ley le concede, sufriendo de este modo un perjuicio que debe ser reparado en forma distinta a la de un simple interés moratorio.

"Por lo expuesto estima la Sala, en desacuerdo con el fallador, que los artículos 52 del Decreto 2.127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, no exceden la potestad reglamentaria, en cuanto se limitan al conveniente desarrollo y adaptación de los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, y que por tanto han debido aplicarse al caso de autos". Prospera, pues el cargo respecto de la aplicación indebida del artículo 12 de la Ley 153 de 1887 en relación con el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, por lo cual será necesario casar la sentencia en lo pertinente y pronunciar la correspondiente decisión de instancia, lo que se hará una vez que se haya examinado la demanda de la parte demandante recurrente.

DEMANDA DEL MUNICIPIO

Sustenta el recurso del Municipio el señor Procurador de la Nación —Delegado en lo Civil—. Persigue la infirmación de la sentencia "en cuanto que ella condenó al Distrito Especial de Bogotá a pagar al actor, señor LUIS SUAREZ JAIME, la suma de cuatrocientos diez y nueve pesos (419.oo) por concepto de los salarios correspondientes para el vencimiento del último período presuntivo del contrato de trabajo, y para que en su lugar se absuelva a la entidad pública en relación con esa prestación".

CARGO UNICO. Acusa de violación de la ley sustantiva, como consecuencia de la errónea interpretación y aplicación indebida del artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945.

Sostiene que el Tribunal al considerar que las funciones del aseo son susceptibles de ser prestadas por los particulares, interpretó erróneamente el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945 porque éste expresa claramente que una de las circunstancias indispensables para crear la ficción de una relación laboral entre los empleados de la administración pública, es que la institución pueda ser fundada y manejada por los particulares en la **misma forma** en que lo hace el Estado, o sea sin ánimo de lucro, sin percibir ganancias, sin obtener beneficios monetarios.

Agrega que el ramo de aseo es un servicio público que persigue de manera esencial el bien común, puesto que trata primordialmente de asegurar las condiciones indispensables de salubridad general y el mantenimiento conveniente de aquellos sitios que, como los parques, plazas, avenidas, etc., son necesarios en la vida de relación, por todo lo cual ese servicio está fuera de la órbita de acción de los particulares.

Finalmente dice que el ramo de aseo municipal no encaja en ninguna de las excepciones contempladas por el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, y de consiguiente no puede considerarse como una relación de carácter contractual laboral la existente con las personas que prestan servicios en esa dependencia oficial, y que siendo así, el fallador aplicó indebidamente, por errónea interpretación, el referido precepto.

Se considera:

Es evidente que el aseo de las calles y de otros lugares públicos, es un servicio que generalmente prestan las entidades administrativas de modo gratuito o mediante el cobro de las tasas estrictamente indispensables para atender a su normal funcionamiento. Pero bien pueden entidades o personas particulares, interesadas en la protección de la salubridad general o en el embellecimiento de las ciudades, fundar y manejar ese servicio con sus propios medios y sin ningún ánimo de lucro. Y según los términos del artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945 basta esa simple posibilidad para que los trabajadores ocupados en el respectivo servicio o institución se presuman cobijados por las normas del contrato de trabajo.

En este sentido se ha pronunciado ya la jurisprudencia laboral. Al respecto cabe citar el siguiente aparte de la sentencia de fecha 24 de marzo de 1956, dictada por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo: "El artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945 dice que por regla general no hay contrato de trabajo con los empleados públicos, pero sí lo hay cuando se trata de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas por éstos en la misma forma. Ahora bien, como el ramo del aseo es un servicio público que pueden prestar los particulares y que de hecho lo prestan en algunos lugares, pues no es esencial del concepto de entidad de derecho público el ejecutar obras públicas de aseo, la relación del demandante con la entidad municipal no es administrativa sino laboral" (JOSE DEL CARMEN BERNAL contra el MUNICIPIO DE BOGOTA).

No se configura la interpretación errónea que alega el recurrente, y por tanto se desecha el cargo.

* * *

Obrando como Tribunal de instancia, esta Sala pasa a decidir el punto relativo a la indemnización por mora injustificada en el pago del auxilio de cesantía del demandante.

LUIS SUAREZ JAIME dejó de prestar sus servicios al Municipio el 7 de abril de 1952 (folio 4 del cuaderno principal). El plazo de noventa (90) días de que trata el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que debe entenderse de días hábiles conforme al artículo 52 el C. de R. P. y M., venció el 28 de julio siguiente. El valor correspondiente a su auxilio de cesantía le fue giradó por la Caja de Previsión Social Municipal el 18 de junio de 1953, con el cheque número 98, serie 5810 a cargo del Banco de la República (folio 75). Hubo pues, mora de 325 días en la cance-

lación del valor del auxilio, los que a razón de $ 4.19 diarios, que fue el jornal demostrado, arrojan la suma de $ 1.361.75.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto se abstiene de condenar al Municipio de Bogotá de la solicitud de salarios caídos formulada por la parte actora; Revoca la de primer grado proferida por el Juez Séptimo del Trabajo de Bogotá, en cuanto por su numeral primero desestima las peticiones de la demanda en su totalidad y en cuanto por su numeral segundo condena en costas al actor, y, en su lugar, CONDENA al Municipio de Bogotá a pagar al demandante LUIS SUAREZ JAIME la suma de MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS ($ 1.361.75) MONEDA CORRIENTE como indemnización de perjuicios por falta de pago oportuno de su auxilio de cesantía. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en las instancias ni en el presente recurso.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SEGUN EL ARTICULO 542 DEL CODIGO JUDICIAL, PUEDE REVISARSE UNA SENTENCIA EJECUTORIADA PROFERIDA POR LA CORTE SUPREMA O POR UN TRIBUNAL SUPERIOR, EN LOS CASOS ALLI ENUMERADOS; PERO NO LOS FALLOS EJECUTORIADOS PROCEDENTES DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

El recurso de revisión no lo contempla el el artículo 62 del Código Procesal del Trabajo, precepto en donde se enumeran los recursos que proceden contra las providencias judiciales del trabajo; de tal manera que la aplicación analógica en estos casos no puede aceptarse, porque se está frente a una materia expresamente regulada en el citado estatuto laboral.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., julio quince de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.)

El doctor ALFREDO LOPEZ DURAN, en su carácter de apoderado especial de la sociedad "PEREZ Y CIFUENTES LIMITADA", solicita a esta Corporación la revisión de la sentencia de primera instancia, pronunciada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cereté, de fecha 27 de mayo de 1958, en el juicio ordinario laboral seguido por LEONARDO ANDRADE BELEÑO contra la prenombrada sociedad. Para tal fin acompaña diferentes documentos relacionados con el juicio en cuestión y el comprobante de depósito judicial por $ 200.00 expedido por el Banco de la República, a la orden de esta Sala, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 544 del C. J.

Para resolver, se considera:

El artículo 542 del Código Judicial dispone:

"Puede revisarse **una sentencia ejecutoriada proferida por la Corte Suprema o por un Tribunal Superior en los casos....**". (Subraya la Sala).

Se ve, pues, en la solicitud que se estudia, que se trata de un fallo ejecutoriado pero emitido por un Juzgado de primera instancia, contra el cual no se interpuso recurso de apelación. Por este aspecto se echa de menos un presupuesto procesal básico para darle acogida favorable a la petición formulada por el libelista, ya que lo que se pretende que se revise no es una sentencia de esta Corporación ni de un Tribunal Superior. Además, el recurso de revisión no lo contempla el artículo 62 del Código de Procedimiento Laboral, precepto en donde se enumeran los recursos que proceden contra las providencias judiciales del trabajo; de tal manera que la aplicación analógica en estos casos no puede aceptarse, como lo plantea el peticionario, porque se está frente a una materia expresamente regulada en el citado Estatuto Laboral.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, se DECLARA INHIBIDA para conocer de la solicitud de revisión del fallo del Juzgado Promiscuo del Circuito de Cereté a que al comienzo se hizo referencia, presentada por la Sociedad "PEREZ Y CIFUENTES LIMITADA", por medio de apoderado.

Sin costas.

Devuélvase al solicitante el Título de Depósito Judicial número A 040747 que por la cantidad de $ 200.00 consignó en el Banco de la República a órdenes de esta Superioridad.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LIBERTAD DE APRECIACION DE LAS PRUEBAS POR EL SENTENCIADOR EN INSTANCIA. — ACUSACION POR VIOLACION DE LAS NORMAS CIVILES Y PROCEDIMENTALES

1.—El sentenciador goza de amplia libertad en la apreciación de las pruebas, y por ello sólo se configura el error en este punto cuando aparece de modo ostensible en los autos.

2.—La violación de las disposiciones del Código Civil y de las reglas de procedimiento no permite por sí solo el examen de una acusación en esta materia laboral, sino cuando al través de ellas resulta violada una norma sustantiva de derecho del trabajo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y seis de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

HERNAN ORTIZ SILVA, por conducto de apoderado, demandó a ANDRES VELEZ VELEZ para que se le condenara a pagarle auxilio de cesantía, compensación en dinero de vacaciones, primas de servicios, remuneración de descanso en días de fiesta e indemnizaciones por incumplimiento del plazo presuntivo del contrato de trabajo y por mora en el pago de las prestaciones sociales.

Según los hechos de la demanda, ORTIZ SILVA prestó sus servicios a Vélez como llevador de cuentas en una compra y venta de legumbres al por mayor, desde el 5 de abril de 1953 hasta el 15 de mayo de 1956, con un sueldo mensual de $ 240.00; fue despedido injustamente, y con engaños y mentiras Vélez lo obligó a que le firmara un recibo por $ 1.800.00, ante testigos, suma que luégo se negó a pagarle alegando que ese día (el 17 de mayo) no tenía dinero en billetes.

Al contestar el libelo, el demandado admitió que Ortiz trabajó desde la fecha indicada en la demanda hasta el 17 de abril de 1956, con un sueldo de $ 220.00 mensuales, en promedio. Pero manifestó que oportunamente le hizo el pago de todas las prestaciones, conforme al recibo que presentó con la contestación, aún excediéndose en la satisfacción de la deuda para evitarse molestias, y que el demandante recibió la suma correspondiente delante de testigos. En consecuencia, propuso la excepción de pago.

El Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín, que conoció del juicio, declaró probada la excepción propuesta.

Apelado el fallo de primera instancia, el Superior lo revocó, y en su lugar condenó a Vélez a pagar a Ortiz Silva $ 667.23 por cesantía, $ 325.35 por vacaciones, $ 606.36 por primas de servicio y $ 7.23 diarios, desde el 17 de mayo de 1956 hasta cuando se verifique el pago de esas cantidades, a título e indemnización por mora. Absolvió de los demás cargos de la demanda y no condenó en costas.

A petición del demandante se dispuso la ejecución provisional de la sentencia.

El apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de casación que va a decidirse.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Persigue la casación de la sentencia en todo lo desfavorable a la demandada. Al respecto formula un solo cargo, con base en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo.

CARGO UNICO

Acusa por violación directa de los artículos 1.757 y 1.761 del C. C., en relación con el 642 del C. J., a consecuencia de error de hecho consistente en dar por establecido que el pago de la obligación laboral no se efectuó por haber entendido el fallador que se acreditó la tacha que el actor le hizo al contenido del recibo o documento presentado para comprobar dicho pago.

Dice que el recibo por la cantidad de $ 1.800.00, suscrito por las partes ante dos testigos, se reconoció legalmente por el trabajador y por tanto, constituye plena prueba de que la obligación

laboral fue cancelada por el demandado. Agrega que si bien Ortiz trató de tachar su contenido, no lo logró porque ninguna de las declaraciones aducidas al efecto dan mérito de la falsedad del contenido.

Se estudia el cargo:

Aunque el cargo no está formulado con sujeción a la técnica de casación, se le estudiará por amplitud.

El Tribunal llegó a la conclusión de que no se demostró la excepción de pago y que en cambio se acreditó la tacha del recibo de prestaciones que obra en el expediente, mediante las siguientes consideraciones:

"Los testigos Carlos Tobón y Ramón Uribe vinieron a declarar a la audiencia y de acuerdo en todo dan cuenta de que el 17 de mayo último fueron llamados ex profeso para servir de testigos de lo que iba a ocurrir, que fue: el demandado le pidió al demandante que firmara el recibo presentado como prueba; el trabajador Ortiz estampó su firma en él; el demandado, obtenido el recibo, no entregó el dinero por lo cual el demandante le pidió y le insistió que le devolviera el documento, a lo cual el patrono señor Vélez le replicó que no era necesario, que no le diera desconfianza, que al otro día en presencia de los testigos le daría el dinero.

"El testigo Francisco Mora, quien explota un puesto de venta a continuación del demandado manifiesta que en el mes de mayo un día, a eso de las cinco de la tarde se encontraba al pie de los litigantes y vio cuando Vélez, el demandado, le arrebató un papelito al demandante, que oyó cuando éste le preguntó que cuándo volvía y recibió la respuesta de que volviera al otro día. En acuerdo con los dos testigos anteriores expresa que en ese momento sólo el demandante puso su firma en el documento.

"El Tribunal estima que con las declaraciones expresadas el demandante logró probar la tacha sobre el contenido del documento, contra el principio contenido en el artículo 642 del Código Judicial, porque de ellas aparece que ni antes de firmar había sido entregado el dinero y que ni en el momento de la firma y de la transmisión del recibo se hizo aquella entrega, diferida por voluntad del demandado para el día siguiente.

"El señor Vélez sostiene en este juicio que el dinero a que se refiere el documento de que se viene hablando fue recibido por el trabajador Ortiz en presencia de testigos, pero tales testigos no fueron traídos a la audiencia, lo que significa que la defensa no logró acreditar la excepción de pago".

El fallador analizó, además, las declaraciones de Juan Salazar, Jorge Roldán y Julio Rico. Acerca de las dos primeras anota que no abonan el hecho de que Vélez, el demandado, hiciera entrega del dinero a Ortiz, el demandante. En cuanto a la tercera, observa que es contradictoria, por lo cual resulta sospechosa.

Es bien sabido que el sentenciador goza de amplia libertad en la apreciación de las pruebas, y que por ello sólo se configura el error en este punto cuando aparece de modo ostensible en los autos. En el presente caso no se advierte una equivocación manifiesta, pues habiéndose demostrado, según lo admitió el Tribunal, tras de un cuidadoso análisis del material probatorio ,que el pago a que se refiere el recibo dejó de efectuarse, no bastaba el reconocimiento de la firma para aceptar su contenido como verdadero.

Por otra parte, en el supuesto de que se hubiese establecido el error de hecho, el cargo no podría prosperar porque la violación de las disposiciones del Código Civil y de las reglas de procedimiento no permite por sí solo el examen de una acusación en esta materia laboral, sino cuando al través de ellas resulta violada una norma sustantiva de derecho del trabajo, y el recurrente omitió citar la de esta clase que estimara quebrantada por el fallo que impugna. A lo cual se agrega que la infracción directa es independiente de la cuestión probatoria.

Por tanto, se rechaza el cargo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA, la sentencia objeto de este recurso.

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 Zubiria C.

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL EN MATERIA LABORAL. — PRUEBA DE LA EXCLUSIVIDAD EN CONTROVERSIAS SOBRE LAS RELACIONES DE TRABAJO ENTRE LAS COMPAÑIAS DE SEGUROS Y SUS AGENTES

El artículo 1.602 del Código Civil consagra el principio de la libertad de estructuración en el contenido de los contratos, con las salvedades impuestas por normas imperativas que restringen aquella libertad bien sea por razones de ética o bien de orden público, principio éste que, por otra parte, tiene un campo de acción muy restringido en Derecho del Trabajo, porque el legislador, partiendo del supuesto de la desigualdad económica entre patronos y trabajadores, trata de buscar o conseguir la igualdad jurídica estableciendo determinadas restricciones a la voluntad de las partes contratantes, al regular el contrato de trabajo en su constitución, ejecución y efectos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., julio diez y seis de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Por medio de apoderado, el señor Diego María Vallejo demandó a la "Confederation Life Association" (Confederación del Canadá), representada por su Gerente el señor H. W. Moorhouse, para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se declarase que entre la demandada y el demandante existió un contrato de trabajo; que la Confederación del Canadá, rompió intempestiva e injustamente dicho contratrato y que, como consecuencia de ella, se la condene al pago de las indemnizaciones y prestaciones por concepto de cesantía, vacaciones no disfrutadas en todo el tiempo de servicios, salarios o comisiones devengados y no pagados, indemnización por el incumplimiento del contrato a causa del despido injusto, salarios caídos, costas del juicio y las demás condenas ultra-petita y extra-petita que se desprendan de los hechos que se prueben.

Como fundamentos de su demanda, manifestó: 1º Que el demandante trabajó para la sociedad Confederation Life Association, como Agente de seguros desde el 3 de julio de 1950 hasta el 3 de julio de 1953; 2º Que con fecha 11 de septiembre de 1950 el demandante celebró con la demandada un contrato escrito, por medio del cual se le nombró como Agente, y en donde se estipularon las condiciones y remuneración por el trabajo; agrega, en el hecho 3º, que posteriormente el contrato se adicionó con una cláusula sobre anticipos, que lleva fecha 22 de mayo de 1951; en el hecho 4º, manifestó que el referido contrato fue cancelado intempestiva e injustamente el 3 de julio de 1953 por el representante de la sociedad en el Departamento de Antioquia señor J. Martín Lema P., según nota que acompaña; 5º Que al ser retirado del servicio de la sociedad demandada se le quedaron a deber varias sumas por concepto de comisiones devengadas, las que relaciona en el mismo hecho; 6º Que el sector en donde el demandante desarrolló sus actividades fue el Occidente Colombiano, el Suroeste de Antioquia, Córdoba y especialmente la ciudad de Medellín; 7º Que su salario devengado fue variable, ya que éste dependía de las comisiones que le fueran liquidadas por pólizas pagadas por los distintos clientes, pero que le resulta un promedio aproximado de $ 500.00 mensuales.

Agrega que la sociedad no pagó al demandante las vacaciones causadas y no disfrutadas en el último año de servicios, ni el valor de la prima correspondiente al mismo período; no le liquidó ni pagó las comisiones que relacionó en el hecho 5º y que le debe el valor de todas las prestaciones sociales.

En derecho, se apoyó en lo dispuesto por los artículos 24, 94 a 97, 186, 189, 192, 249, 253, 306 y concordantes del C. S. del T. En cuanto a procedimiento señaló las disposiciones del Código de la materia.

La demandada, por medio de apoderado, manifestó no ser cierto el hecho 1º en la forma como está relatado, pues que el contrato comenzó el día 11 de septiembre de 1950 y no el 3 de julio

del mismo año; aceptó el hecho 2º; respecto al 3º, manifestó que debía probarse; el 4º lo contestó manifestando que el contrato fue cancelado debido a la mala conducta del demandante; el 5º lo negó; al 6º dijo que el territorio asignado al agente fue más extenso y, finalmente el 7º, dijo no constarle. Como consecuencia, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por considerarlas fuera de toda lógica, de la ley, y del contrato celebrado. Interpuso la excepción que denominó "carencia de acción" por estimar que los productos de las actividades del actor no llenaban los requisitos exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo a los Agentes colocadores de pólizas de seguros y, porque la mala conducta del mismo obligó a la Confederación a retirarlo.

Surtido el trámite de instancia, el Juez 5º del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, profirió sentencia con fecha 24 de agosto de 1956, por medio de la cual absolvió a la demandada de todos los cargos formulados contra ella por el demandante Mejía Vallejo.

El apoderado del trabajador interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Seccional del Trabajo, el que le fue concedido oportunamente. Posteriormente y a causa de haber sido suprimido ese Tribunal correspondió decidir el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad, entidad que, por medio de su Sala Laboral, profirió su fallo de 9 de julio de 1957, confirmando en todas sus partes la sentencia recurrida.

El demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, el que le fue concedido oportunamente. Admitido y tramitado en legal forma, corresponde a la Corte decidirlo teniendo en cuenta la demanda de casación y el escrito de oposición.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación. Persigue la casación total del fallo acusado para que en su caso la Corte convertida en Tribunal de Instancia revoque el fallo del **a-quo** y, en su lugar, se hagan las condenas solicitadas en el libelo inicial.

Con base en la causal 1ª del artículo 87 del C. P. L., formula dos cargos contra la sentencia impugnada, los que se estudiarán, en su orden.

Primer cargo. Dice el recurrente que con la absolución total de la entidad demandada el fallo es violatorio de los artículos 1.602 del Código Civil y 55 del C. S. del T., por falta de aplicación y a causa de errores evidentes de hecho en que incurrió el Tribunal, al no apreciar y tener en cuenta, las siguientes pruebas:

a) El contrato de trabajo que obra a folios 6 a 11 y 31 a 35 del cuaderno principal, celebrado entre la Confederation Life Association y Diego Mejía Vallejo, de fecha 11 de septiembre de 1950, bajo cuyas estipulaciones se desarrolló el trabajo de éste mientras estuvo al servicio de la demandada. Transcribe las cláusulas 7ª y 10ª del referido contrato, lo mismo que su encabezamiento, para afirmar, que este valioso elemento de prueba no fue apreciado por el juzgador, o si lo apreció, lo hizo de manera errónea, ya que lo tuvo en cuenta para analizar lo referente a la producción anual, pero que en lo demás "no se considera, o por lo menos así lo apreció el fallador, incurriendo como es lógico en un grave error, pues como lo dispone el artículo 1.602 citado, todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, y no podrá ser invalidado si no por el consentimiento mutuo y por causas legales, fenómenos que no sucedieron en el caso **sub-judice**"; concluye que siendo el referido contrato ley entre los contratantes "debe estarse a ella en su integridad".

Agrega, que de acuerdo con las estipulaciones contractuales Diego Mejía Vallejo debe considerarse como Agente de la sociedad demandada, y y como tal, trabajador a su servicio, mientras cumpla las condiciones establecidas, esto es, mientras tuviera un producido mínimo por "Año de Agencia", de $ 40.000.00 y no $ 75.000.00 como se pretende en el fallo acusado, sin que se requiera un mínimo de 18 pólizas; que a pesar de ser el contrato ley entre los contratantes y ser más favorable al trabajador, el fallador estimó que no debía tenerse en consideración, despreciándolo, sin dar los motivos de su actitud, por lo que el fallo acusado es evidentemente violatorio de la ley sustantiva por errónea apreciación de la prueba comentada. Expresa que no habiéndose apreciado como debía ser en su integridad, el contrato de trabajo presentado como prueba por ambas partes, se incurrió en flagrante violación de las disposiciones sustantivas que indica en el cargo "por infracción directa ya que no se les dio aplicación, siendo de rigor dársela".

Concluye este cargo manifestando que "como complemento y para demostrar la manera como Diego Mejía Vallejo venía cumpliendo su contrato, basta leer los demás documentos, presentados, entre ellos principalmente, los que obran

a folios 13 y 24 del expediente; pruebas que el juzgador no tuvo en cuenta por ningún aspecto, ya que ni siquiera las menciona, contribuyendo con ello, a nuevos errores por falta de apreciación de la prueba, que considero no es el caso analizar"

Por su parte, el opositor manifiesta que la violación del artículo 1.602 del Código Civil, no puede alegarse como causal de casación en asuntos laborales; que el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo apenas consagra un principio universal de derecho de absoluta claridad que no requiere esfuerzo interpretativo para encontrar su alcance y que como tal es casi imposible de ser violado y dar asidero para la demanda de casación. Hace, en seguida, un breve comentario a una de las cláusulas del contrato y al alcance del artículo 95 del C. S. del T., para concluír que no fue errónea la apreciación que el juzgador hizo del contrato de trabajo existente entre las partes.

Se considera.

Observa la Corte que el recurrente en el cargo que se estudia, acusa la sentencia por violación de la ley, primero en forma indirecta por aplicación indebida a través de errores de hecho en la apreciación de pruebas y luego, como infracción directa por las mismas causas. Esta presentación es contradictoria y antitécnica pues la violación de la ley cuando ocurre a través de la apreciación de pruebas no es directa sino indirecta. Con todo, como la primera parte del cargo está debidamente formulada la Corte adelantará su estudio, teniendo en cuenta las breves consideraciones expuestas por el Tribunal para sustentar el fallo, que son las siguientes:

"El artículo 94 del C. S. del T. exige, para que se configure la existencia de un contrato de trabajo entre las compañías de seguros y sus agentes y puedan éstos, en consecuencia, acogerse a las protecciones que dicho estatuto consagra, que sus servicios, además de suministrarse personalmente, bajo continuada dependencia y a cambio de una remuneración, que son los requisitos esenciales del vínculo laboral común, lo sean con carácter exclusivo. Pero, además, requiere que tales agentes no constituyan por sí mismos una empresa comercial.

"En el caso **sub-judice,** de un agente colocador de pólizas de seguros de vida individual, se encuentran demostrados fehacientemente los elementos comunes e, inclusive, el último especial destacados, desde luego que la sociedad demandada no destruyó la negación indefinida que su aseveración envuelve para el trabajador. No así el relativo a la exclusividad, según lo dedujo el **a-quo**, aunque por razones diversas.

"Ese elemento, en efecto, debe ser demostrado por el agente, ya sea con pruebas directas o a través de la presunción establecida a su favor por el artículo 95 siguiente. En el presente negocio, el demandante, desde el libelo inicial, escogió el segundo camino, pero de manera equivocada, pues la producción que aspiró a acreditar y que acreditó dice atinencia a una anual distinta de la contemplada por el artículo 97 **ibídem** y, sobre todo, distinta de la estipulada en el contrato que obra a folios 6 a 10 del expediente, a la cual se debe estar el juzgador por sobre toda otra, según la misma norma acabada de citar.

"Corresponde, entonces, establecer, en vista de la deficiencia probatoria destacada, si el actor, durante la fracción trabajada en el último de sus 'años de agencia', produjo 'una suma proporcional al mínimo de producción anual fijado en el artículo 95'. En este camino, el dictamen pericial de folios 81 a 85 y sus ampliaciones indican que él no consiguió el mínimo demandado por la ley para considerar presuncionalmente su labor como de carácter exclusiva".

Resulta de lo anterior, que el fundamento principal de la decisión del **ad-quem** estriba en que no encontró demostrados en el expediente la existencia de todos los elementos que estructuran el contrato especial de trabajo con los agentes colocadores de pólizas de seguros en la forma regulada por el artículo 94 del C. S. del T., pues que si bien se hallaban acreditados los elementos comunes a todo contrato de trabajo, conforme a las normas del artículo 23 ibídem y aún el consistente en que el demandante durante la prestación de sus servicios a la demandada no constituyó por sí mismo una empresa comercial, sin embargo estimó que el actor no había acreditado el elemento de exclusividad, que requiere la norma primeramente invocada, para que exista contrato de trabajo de la clase del que se pretende por el actor. El sentenciador llegó a esta conclusión por considerar que el demandante no había demostrado el elemento de la exclusividad con fundamento en pruebas directas, ni podía obrar en su favor la presunción del artículo 95 del C. S. del T., sobre lo cual había desarrollado toda

su actividad probatoria, porque los hechos indicadores que fundamentan tal presunción tampoco estaban acreditados en la forma exigida por la norma en cuestión y, para ello, se basó en el dictamen pericial que obra en el expediente y que se practicó para establecer, entre otras cosas, el cómputo de la producción anual del demandante en cuanto al volumen del valor asegurado y el número de pólizas aceptadas y emitidas por la Compañía.

Aparece, en consecuencia, que la prueba fundamental en que apoyó su decisión el Tribunal fue el referido dictamen pericial que el recurrente no señala en el cargo que se estudia, lo que hace que continúen en todo vigor las apreciaciones hechas al respecto por el juzgador.

Pero además, se observa que el recurrente se limitó a señalar como violados los artículos 1.602 del Código Civil y 55 del Código Sustantivo del Trabajo. La primera de esas normas consagra el principio de la libertad de estructuración en el contenido de los contratos, con las salvedades impuestas por normas imperativas que restringen aquella libertad bien sea por razones de ética o bien de orden público, principio éste que, por otra parte, tiene un campo de acción muy restringido en Derecho del Trabajo, porque el legislador, partiendo del supuesto de la desigualdad económica entre patronos y trabajadores, trata de buscar o conseguir la igualdad jurídica estableciendo determinadas restricciones a la voluntad de las partes contratantes, al regular el contrato de trabajo en su constitución, ejecución y efectos. La otra disposición citada por el recurrente consagra el principio de la buena fé que debe precidir la ejecución de todo contrato, incluído el de trabajo. La proposición jurídica así planteada en el cargo, lo fue de manera incompleta, pues el recurrente se guardó de citar como infringidas no solo las disposiciones legales relativas al contrato de trabajo, sino además, de mencionar las que establecen las prestaciones sociales que consagran los derechos cuya tutela solicita en su demanda; y, es sabido que la Corte no puede entrar oficiosamente a buscar estas últimas disposiciones, para condenar al pago de prestaciones, aun en el supuesto de que en la situación jurídica que se debate se haya estructurado un contrato de trabajo. Por lo anterior no prospera el cargo.

Segundo cargo. Acusa la sentencia de violación de la ley sustantiva, "por aplicación indebida o interpretación errónea", de los artículos 95 y 97 del C. S. del T., proveniente de falta de apreciación de las pruebas.

Expresa que la violación de las normas citadas, se hizo posible con la no apreciación del contrato de trabajo a que se hizo referencia en el cargo anterior y del documento que obra al folio 13 del expediente.

En relación con el contrato de trabajo, manifiesta que éste regulaba preferencialmente las relaciones entre las partes, por lo cual debían, ser las estipulaciones contenidas en él las que resolvieran la situación planteada. Que el fallador lo desechó para dar aplicación al artículo 95 invocado, exigiendo, en consecuencia, que para considerar a Diego Mejía como agente de la sociedad demandada, debía de haber obtenido una producción mínima de $ 75.000.00, siendo así que esta norma sólo se aplica a falta de estipulación contractual, por lo que deduce que incurrió en aplicación indebida del artículo 95 del C. S. del T. Que igual fenómeno aconteció con el artículo 97 del mismo Código pues, considera ,que existiendo normas contractuales válidas que regulaban el caso, no podía aplicarse esta disposición.

En seguida, expresa que se incurrió "en errónea interpretación del artículo 97 del Código Sustantivo del Trabajo por falta de apreciación total de la prueba contenida en el documento que obra a folio 13 del expediente" documento que transcribe y que se refiere a una comunicación dirigida al demandante, con fecha 8 de enero de 1953, por el Gerente de la compañía demandada, y que contiene una felicitación por sus trabajos realizados tanto en el año de 1952 como a comienzos de 1953. Dice que este documento constituye una confesión plena de que el demandante sí estaba dando un magnífico rendimiento como agente de la compañía demandada, pues que de ella resulta que sobrepasó no solamente el límite mínimo establecido en el contrato, sino que llenó plenamente la producción requerida por el artículo 97 del Código Sustantivo del Trabajo para el tiempo que duró la ejecución de su último "año de agencia" que solamente fue de 7 meses. Que si hace el cálculo aritmético, es forzoso concluír que no solamente cumplió en ese período su obligación contractual, sino que el agente obtuvo el rendimiento exigido por la ley, pero que el fallo acusado no tuvo en cuenta esta confesión, por lo cual el sentenciador incurrió en grave error de hecho al no apreciar esta prueba; que con ello

violó "por errónea interpretación el artículo 95 como el artículo 97 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que si se aprecia o toma en cuenta este documento, había sido forzoso como lo es, concluír que el demandante sí obtuvo la producción exigida por estos textos legales".

El opositor formula algunos reparos de orden técnico a la presentación del cargo; en seguida, hace algunas consideraciones acerca del alcance del contrato y especialmente de su cláusula 10ª, para concluír que ella se refiere a las condiciones mínimas, o mejor, del mínimo rendimiento que el agente tiene que dar para tener derecho a recibir comisiones, pero que en ninguna forma puede tener el alcance de sustituír el mandato de los artículos 95 y 97 del Código Sustantivo del Trabajo como pretende el recurrente. Que la nota o comunicación del Gerente no contiene los datos requeridos para dilucidar el problema debatido, ya que por el hecho de haber vendido $ 55.000.00 en diciembre de 1952, no se establece que se hayan satisfecho los demás requisitos, tales como el haber vendido 18 pólizas. Se extiende luégo en algunas consideraciones doctrinarias acerca del artículo 95 del C. S. del T. y termina oponiéndose a que prospere la acusación.

Se considera.

Al analizar el primer cargo, se dejó plenamente establecido que el **ad-quem** no encontró demostrado contrato de trabajo, entre las partes por no haberse acreditado la existencia de uno de los elementos que concurren a constituírlo como es el de la exclusividad, por tratarse del especial celebrado con agentes colocadores de pólizas de seguros, conforme al requerimiento del artículo 94 del C. S. del T.; que a esta conclusión llegó el sentenciador con base en el análisis del contrato de trabajo y, de manera especial, en el dictamen pericial practicado en la primera instancia.

Al formular esta acusación, el recurrente incide en las mismas deficiencias anotadas al estudiar el cargo anterior, pues las disposiciones que considera como infringidas, o sean los artículos 95 y 97 del Código Sustantivo del Trabajo, aun en el supuesto de que se configurara su violación, no son suficientes ni dan base a la Corte para entrar a hacer el reconocimiento de las prestaciones e indemnizaciones que se persiguen en la demanda inicial. En efecto, el artículo 95 establece una presunción legal para demostrar por este medio el elemento exclusividad requerido para que se configure el contrato de trabajo con los agentes colocadores de pólizas de seguros. El artículo 97 regula la manera como debe hacerse el cómputo de la producción. Ninguna de estas normas consagran derechos a prestaciones o indemnizaciones, por lo cual se estiman aplicables las consideraciones hechas en el cargo anterior, para rechazarlo. Además, el recurrente se abstuvo de indicar como mal apreciada la prueba del dictamen pericial, que constituye la base de la decisión contenida en la sentencia impugnada. Estas solas consideraciones hacen innecesario extenderse más sobre los otros puntos que plantea el recurrente. No prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

COEXISTENCIA DE CONTRATOS DE TRABAJO Y DE APARCERIA. — ABSOLUCION DEL ACTOR, AUNQUE ESTE DEMOSTRADA LA EXISTENCIA DEL VINCULO LABORAL, POR FALTA DE DETERMINACION DEL TIEMPO DE SERVICIOS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y ocho de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Mediante apoderado, Eduardo Antonio Hincapié, instauró un juicio ordinario laboral contra el señor Pedro García, para que fuese éste condenado a pagarle el sueldo correspondiente a trece años y algunos meses de trabajo, auxilio de cesantía, vacaciones no disfrutadas, primas de servicio en un lapso de cuatro años, dominicales, festivos, patrios y religiosos, salarios caídos y las costas de la litis.

Para fundamentar sus peticiones, expuso: Trabajó en la empresa agrícola "Buenavista", situada en el Municipio de Palestina, de propiedad del demandado, desde enero de 1942 hasta enero de 1955. Administraba y cultivaba en compañía con el dueño de la empresa un lote de cafetal. Prestaba además sus servicios personales en la administración de toda la finca, el cuido de los ganados, el sostenimiento de los cercos y la limpieza de los potreros. Su patrono nunca le pagó salario alguno por sus servicios personales, por cuyo motivo le debe la remuneración que pericialmente se acreditare, o la que se le determinare por la aplicación del salario mínimo. Nunca convino con su patrono remuneración fija ni variable por sus servicios personales. El contrato de trabajo terminó, sin que García haya puesto a su disposición el valor de las prestaciones que le adeuda, como cesantía, vacaciones, primas de servicio etc. La prestación de servicios personales se verificó durante todos los días laborables de la semana, y ,además, en los días festivos. Con anterioridad a enero de 1942, sin solución de continuidad, trabajó al servicio de García en su finca "San José", también situada en Palestina, desde el mes de mayo de 1941 hasta enero de 1942, fecha en que pasó a la empresa "Buenavista". Por la índole de la labor y por la importancia de la empresa, el salario devengado fue de unos $ 150.00 mensuales.

El demandado se opuso a que se hicieran las condenas solicitadas por el actor, arguyendo la inexistencia del contrato de trabajo, puesto que Hincapié siempre trabajó en compañía de García en calidad de aparcero.

Con fecha 15 de octubre de 1956, el señor Juez Segundo del Trabajo de Manizales, que fue el del conocimiento, profirió sentencia absolviendo al demandado de todos los cargos formulados, con base en no haber hallado pruebas en cuanto al tiempo de servicios en que tuvo lugar el contrato de trabajo. No condenó en costas.

Apelada esta providencia por el apoderado del demandante, el Seccional del Trabajo de Manizales la confirmó. El Tribunal, en la parte motiva de la sentencia, dio por no establecida la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y el demandado, y sobre esta base dictó su fallo. El mismo demandante interpuso recurso de casación contra esa decisión, recurso que admitido y tramitado en forma legal, va a decidirse por esta superioridad, mediante el examen de la correspondiente demanda, en la que se formulan dos cargos que se estudiarán en su orden.

Alcance de la impugnación.

"Se pretende la casación de la sentencia del H. Tribunal, a fin de que una vez aceptada la prosperidad del cargo, entre la H. Corte a decidir sobre lo principal del pleito, acogiendo la sentencia del inferior en cuanto declaró probada la existencia del contrato de trabajo. En consecuencia, el fallo definitivo habrá de pronunciar la condena pedida en el libelo original, con base en el tiempo de servicios establecido probatoriamente, y el salario mínimo legal, a falta de la prueba de un sueldo real o del acostumbrado para las mismas labores en la región".

Primer cargo.

Acusa el fallo del Tribunal de violar indirectamente los artículos 47, 65, 140, 145, 148, 186, 189,

249 y 360 del Código Sustantivo del Trabajo; Decreto 3.871 de 1949, artículo 1º, y Ley 100 de 1944 artículo 9º, por errónea apreciación de las pruebas confesional y testimonial que se relacionan en el desarrollo del cargo.

Cuando el Tribunal acoge, sin reformarlo, el fallo del **a-quo** en su parte resolutiva, acepta la existencia del contrato de trabajo, y entonces la absolución tiene como base la falta de pruebas sobre el tiempo de servicios. El ataque en casación se orienta consecuencialmente a demostrar el error en la apreciación de los elementos probatorios. Para demostrarlo, el recurrente hace la siguiente relación:

a) El actor manifestó haber trabajado desde el año de 1942 hasta 1955. Al contestar la demanda, el demandado manifestó ser cierto que Hincapié trabajó en su finca como aparcero, sin recordar la época en que empezó a trabajar.

b) Al absolver posiciones en juicio, el demandado ratifica la confesión hecha por su apoderado en el sentido de haber trabajado unos doce o trece años el actor en sus fincas, siempre cogiendo café en compañía y nunca por el sistema de jornal. Además —dice el recurrente— el señor García manifestó que Hincapié abandonó la finca voluntariamente, lo que implica que tenía poder para despedirlo.

c) La prueba testimonial también confirma el tiempo de servicios prestados, como se desprende de las declaraciones de Luis Carlos Suárez, quien manifiesta que conoció al actor en la administración de ganados y construcción de cercas desde 1942; Luis Carlos Correa Vásquez afirma que trabajó de 1942 a 1956; Ernesto Correa supo que estuvo trabajando unos catorce años, de 1942 a 1956; Sebastián Díaz dice que trabajó poco más o menos de 1942 a 1956.

No es, por consiguiente, afortunada la síntesis que el Tribunal hace de las declaraciones, y menos, la crítica de tales testimonios. Porque lo cierto es que estos testigos aportan la prueba de un tiempo de servicios que coincide con los hechos narrados en la demanda.

Es también un hecho cierto la concurrencia de contratos de aparcería y laboral, de suerte que el tiempo trabajado en uno y otro fue el mismo dentro de una misma relación contractual.

De otro lado, si no se pactó un salario dentro del contrato de trabajo, era de rigor acudir al salario mínimo legal. Erró de hecho el Tribunal al no darle a las declaraciones de la persona demandada y de los testigos citados, el valor probatorio que les corresponde para acreditar el extremo del tiempo de servicios. Tal error lo indujo a dejar de aplicar las disposiciones que consagran derechos y prestaciones, y que fueron por lo mismo violadas de manera indirecta.

El opositor en el recurso sostiene la tesis de que el Tribunal no dio por existente el contrato de trabajo, por falta de pruebas que acreditaran que, además de haber tenido el actor relaciones con el demandado como aparcero, estuvo desempeñándose a su servicio en la administración y menesteres puntualizados en la demanda inicial. No dejó el **adquem** de fallar satisfaciendo las pretensiones del demandante porque no hubiera encontrado suficientemente acreditado el extremo del tiempo de servicios en el contrato laboral, sino porque no halló material probatorio suficiente que diera por acreditada la existencia del contrato mismo. Pide, por consiguiente, que no se acceda a las peticiones del recurrente y que la sentencia objeto del recurso no sea casada.

Se considera el cargo:

El recurrente estructura su acusación sobre la base de un contrato de trabajo autónomo aparte del contrato de aparcería, entre demandante y demandado, hallado —según él— plenamente comprobado por el Tribunal Sentenciador. A pesar de la existencia de ese contrato, no se condenó al pago de las prestaciones de la demanda inicial, porque uno de los extremos de la relación laboral, el tiempo durante el cual se causaron los servicios personales, no fue satisfactoriamente acreditado en el desarrollo del juicio. Debe procederse, pues, a estudiar el contenido de la sentencia objeto de impugnación, con el fin de saber si el fallador efectivamente encontró o no demostrada la existencia del contrato laboral, para en consecuencia examinar los argumentos del impugnador.

Es cierto que la providencia del Seccional parece incurrir en notoria contradicción, que aparentemente hace difícil concluír cuáles fueron los fundamentos de su conclusión, pues luégo de manifestar explícitamente que "....es imposible proferir una condena en favor del trabajador **por falta de la prueba sobre el contrato de trabajo**", se coloca en la hipótesis de que los testigos fueran exactos en cuanto a la prueba del contrato mismo, y en tales condiciones sería imposible proferir una condena que favoreciera las peticiones del libelo inicial, pues el extremo del período de servicios no estaría, sinembargo, inequívocamente determinado. Por otra parte, el

ad-quem cita jurisprudencia del fenecido Tribunal Supremo en el sentido de que no pueden ser suplidas las deficiencias probatorias del proceso, aun cuando resulte a todas luces injusto dejar de condenar en favor del demandante, inclusive demostrada la existencia del contrato de trabajo y la eficiencia de los servicios prestados por el trabajador. Pero hay algo más, y es la confirmación en la parte resolutiva de la sentencia en apelación, que fue proferida por el **a-quo** luégo de conceptuar que sí existió entre el actor y el señor Pedro García una relación de trabajo subordinado y personal, lo que parece revelar implícitamente que el fallador de segunda instancia estuvo de acuerdo con aquél en cuanto a la existencia del contrato mismo.

Con todo, en el fondo las posiciones de los sentenciadores de primera y de segunda instancia coinciden, pero varían de grado y forma de expresión en lo que se refiere al tiempo servido. En efecto: el **a-quo** sostiene en abstracto la coexistencia del contrato de aparcería y del contrato de trabajo, conforme a los términos del artículo 9º de la Ley 100 de 1944. Al mismo tiempo sustenta que, aún demostrada la realidad del servicio personal, la indefinición del tiempo en que aquél hubo de prestarse imposibilita acceder a las solicitudes del actor. El **ad-quem**, avanzando un poco más, sustenta que esa indeterminación o indefinición temporal del servicio equivale a la inexistencia misma de éste ,con lo cual desaparece uno de los elementos contractuales (el servicio) en materia del trabajo, o sea que no se configura el contrato laboral.

El sentenciador razona de la siguiente manera:

"Como puede verse de las declaraciones atrás sintetizadas, no puede colegirse de ellas la existencia del contrato de trabajo pretendido por la parte actora en el libelo. Pero aún en la hipótesis de que los testigos allegados por la parte demandante fueran responsivos exactos y completos y los hechos narrados los conocieran por ser compañeros de trabajo del actor, no dicen cuántos días dedicaba el trabajador al cuidado del ganado de García y presentan como principal el contrato independiente de aparcería. En tales condiciones es imposible proferir una condena en favor del trabajador por falta de la prueba sobre el contrato de trabajo.

"Por lo tanto, como lo dice el Tribunal Supremo "puede resultar injusto, humanamente injusto absolver al demandado cuando se ha establecido la existencia del contrato de trabajo y la realidad y eficacia de los servicios prestados por el trabajador. Mas no se pueden desconocer las normas sustantivas y los principios universales de derecho, para suplir las deficiencias probatorias del juicio..." (G. del T. T. IV, Pág. 856).

Como se ve, por la doble posición asumida por el **ad-quem**, la existencia del contrato de trabajo, sin la determinación del tiempo de servicios, o la inexistencia del contrato de trabajo, conducía a los mismos resultados adversos a las pretensiones del actor, y, consiguientemente, a la confirmación (por el primer extremo) de la sentencia del **a-quo**. Por este aspecto la decisión del sentenciador es más coherente y jurídica, puesto que definida en primera instancia la existencia del contrato de trabajo, y apelada exclusivamente dicha providencia por el actor, tal punto no podría ser materia de modificación en la segunda instancia, por lo cual —no obstante las consideraciones del fallador adverso a tal extremo— no fue tocada por éste en la resolución.

Como no se advierten los errores ostensibles de hecho que el recurrente le atribuye al fallo, la acusación no prospera.

Segundo cargo.

"Aplicación indebida de los artículos 22, 23, 24 y 25 del C. S. del T. y artículo 9º de la Ley 100 de 1944, por errónea apreciación de la prueba, y que condujo al Tribunal a dejar de aplicar los artículos 65, 140, 145, 148, 186, 189 y 306 de la codificación sustantiva del trabajo".

El cargo está planteado en forma subsidiaria, para en caso de que la Sala conceptuara que el fundamento del fallo no fue la falta de pruebas en cuanto al tiempo de servicio", para basarse en la inexistencia del contrato de trabajo".

Lo cierto es que la relación existente entre las partes "comporta la doble modalidad de una prestación de servicios personales y de un contrato de aparcería". El Juez **a-quo** analizó esta situación acertadamente y encontró que además de haber sido el señor Hincapié aparcero de García, también prestó a éste sus servicios personales en la hacienda "Buenavista". Ciertos testigos a que hace referencia el juzgador de segunda instancia afirman la existencia del contrato de trabajo, aparte de la vinculación por el contrato de aparcería. Esos testigos son: Luis Carlos Suárez, Luis Carlos Correa, Ernesto Correa y Sebastián Díaz. Sus dichos ofrecen toda credibilidad, por ser personas vinculadas a la región, y ser casi todos propietarios de fincas colindantes con la del demandado. Por ser ellos patronos, y "por esa especie

de solidaridad que establece la comunidad de intereses", sus declaraciones tienen una fuerza mayor. "Si fue con base en estas declaraciones como el Tribunal llegó a pensar, a argumentar o a concluír que en el caso de estudio no existió contrato de trabajo, su apreciación adolece de error. Y este error sería la causa determinante de la violación de las disposiciones sustantivas que encabezan el presente cargo".

Se considera.

Los testigos que menciona el recurrente, vecinos todos de la hacienda "Buenavista", en la cual trabajó el demandante, afirman que éste lo hizo en calidad de aparcero y, además, en la administración de los ganados y construcción de cercas. Uno de ellos, el señor Luis Carlos Correa, en su primer testimonio (folio 22 vuelto) manifiesta que "en cuanto a la administración del ganado, siempre lo ha administrado el hijo de don Pedro García, llamado Salomón"; y luégo, en su segunda declaración (folio 43 vuelto) expresa: "El señor Hincapié era quien se entendía con el ganado y lo curaba y cuidaba". Así que ante tan flagrante contradicción, ninguna credibilidad merecen sus afirmaciones.

Se comprende que el único aporte que los restantes testimonios dan para la comprobación de un contrato de trabajo aparte del contrato de aparcería, es el de una presunta administración de los ganados de la finca por parte de Hincapié. A pesar de que ninguna revelación se hace sobre subordinación, continuidad del servicio y salario devengado, lo dicho sobre administración y cuido de ganados podría tenerse como consecuencia de una relación independiente del contrato de aparcería, si no fuera porque otros testigos, que ninguna sospecha válida presentan, como que son aparceros de otros lotes de la finca "Buenavista", desvirtúan contundentemente aquellas afirmaciones. En efecto, Maximiliano Llano, Fernando Gómez y Luis Ceballos, hablando como aparceros de la finca "Buenavista", y Humberto Villa, como antiguo peón que fue de Hincapié en la misma, afirman categóricamente que el actor nunca fue administrador de los ganados de la hacienda, puesto que esa labor estaba encomendada a don Salomón García, hijo del demandado. Sostienen también algunos de ellos que Hincapié nunca percibió una compensación distinta por su trabajo que la mitad de lo producido por el cafetal que tenía bajo su cuidado y en compañía con el dueño de la finca. Inclusive afirman que el demandante tenía algunos animales en lote contiguo al cafetal bajo su administración, y que él mismo cuidaba de ellos. Por otra parte, las desmatonas y cercos que no correspondían a los terrenos en aparcería, se hacían por contratos independientes con el dueño de la finca, y Eduardo Antonio Hincapié nunca intervino en ello. Tal vez el más explícito de los mencionados declarantes es el señor Fernando Gómez, quien a la letra dice: "...Por ser yo aparcero también en la finca de don Pedro García, denominada "Buenavista", hace cinco años, me consta que en las mismas condiciones ha trabajado el señor Eduardo Antonio Hincapié, que tuvo allá un lote de café para cultivarlo como aparcero, en compañía de don Pedro García propietario de dicha finca. Es cierto que como aparcero el señor Hincapié no tenía que entenderse con los ganados y sólo se entendía con las cercas de su lote de café que cultivaba. El señor Hincapié del único dinero que gozaba era del proveniente de café como aparcero. Es cierto que como tal no tenía horario ni reglamento ninguno de trabajo (.....) lo que él percibía de su lote de café que tenía como aparcero en dicha finca era lo que ganaba y de dicho dinero tenía que pagar los trabajadores que empleara en el mismo lote". Así, pues, tomando en conjunto todas las aportaciones testimoniales al proceso, la carencia de los requisitos esenciales que la ley ha establecido para que se configure el contrato de trabajo, se deduce sin dificultades. Claramente se ve que si algún valor probatorio en cuanto a contrato tuvieran las declaraciones mencionadas por el recurrente, tal valor se vería plenamente contrarrestado por las restantes. Si bien es cierto que las primeras merecen suma atención por provenir de propietarios de tierras aledañas a aquélla en que el demandante cumplió su contrato de aparcería, no es menos que las últimas provienen de distintos aparceros y de un peón del demandante, por lo tanto colocados en iguales condiciones a las de aquél, y con conocimiento más que suficientes para afirmar lo que afirman.

Todas las consideraciones precedentes para demostrar que el sentenciador de segunda instancia no incurrió en "errónea apreciación de la prueba" —según el dicho del recurrente— pues la Sala no ha encontrado ni remotamente un error considerable en su valoración. Puede así darse por sentado que no violó los preceptos sustantivos anotados, pues que su juicio se basó sobre una apreciación racional de las piezas probatorias, que le dieron la certidumbre de que ninguna relación dentro del contrato de aparcería vinculó a

las partes, que merezca el calificativo de contrato de trabajo. Su determinación por tanto estuvo ajustada a derecho, por lo que debe mantenerse.

El cargo no prospera.

Por 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 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.

NATURALEZA DE LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA. — EL DESEMPEÑO OCASIONAL DE LABORES DE ESTE TIPO NO ASIMILA AL TRABAJADOR A LOS DE DIRECCION, CONFIANZA O MANEJO.—HORAS EXTRAS. — VALOR DEL TESTIMONIO RENDIDO POR QUIEN, EN JUICIO DIFERENTE, TIENE ACCION INSTAURADA CONTRA EL MISMO PATRONO

Por razón de los caracteres particulares de algunos trabajos o actividades, el legislador se vio obligado a crear una especial categoría de trabajadores que, para ciertos efectos, sometió a un régimen especial, como ocurre en lo referente a la regulación de la jornada máxima de trabajo y al fuero sindical.

Por lo que hace al punto que interesa al caso en estudio, el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, estableció lo siguiente :"Quedan excluídos de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores: a) Los que desempeñan cargos de dirección, de confianza o de manejo;....." Estos términos de "dirección, de confianza o de manejo" que utiliza la ley, no implican categorías distintas, conforme al significado gramatical de las palabras que emplea, sino que abarcan una institución única, traducen una sola idea y son la expresión legal del concepto "trabajadores de confianza", nacido de las necesidades y del interés de las empresas. Por otra parte, se trata de un concepto genérico, que no es susceptible de una enumeración limitativa, y que, por consiguiente para precisar si una determinada actividad implica el desempeño de un cargo de "dirección, de confianza o de manejo" debe estudiarse en cada caso la respectiva relación de trabajo, en función de los intereses y necesidades fundamentales de cada empresa, cuestión que corresponde al juzgador pues el Derecho del Trabajo no abandona a la voluntad de los particulares la fijación de sus conceptos.

En apoyo de lo anterior, es oportuno citar lo expresado sobre el particular por el tratadista Mario de la Cueva en su obra Derecho Mexicano del Trabajo, que dice: "Ahí donde están en juego la existencia de la empresa, sus intereses fundamentales, su éxito, su prosperidad, la seguridad de sus establecimientos, el orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores, debe hablarse de empleados de confianza".

No basta, pues, para incluír dentro del régimen exceptivo que consagra el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, a las personas que ocupan ciertos y determinados puestos, porque éstos sean de confianza, si no que, es indispensable que la función que se desempeñe en los puestos de que se trata, sean sustancialmente de confianza y este carácter depende de las actividades que se desempeñen. Así lo ha entendido la jurisprudencia al expresar: "Desde luego, en todo trabajador se deposita un mínimo de confianza que responde a las exigencias de lealtad, honradez, aptitud y demás calidades derivadas de la especial naturaleza de la relación laboral. Pero cuando a esas condiciones comunes se agregan otras que por comprometer esencialmente los intereses morales o materiales del patrono, implican el ejercicio de funciones propias de éste, el elemento confianza adquiere singular relieve y por ello se usa para calificar o distinguir el carácter del empleado" (Casación 7 de noviembre de 1950, Gaceta del Trabajo, Tomo V, Pág. 900).

Además, el concepto que implica el término —cargo de confianza—, según el alcance y contenido que se deja expuesto, no ha de existir solamente en un momento de la relación de trabajo, pues no puede calificarse como empleado de confianza a aquél que, no siéndolo según sus funciones esenciales y permanentes, en un momento dado y con carácter transitorio, para llenar vacíos en la empresa le sean asignados o impuestos servicios de tal, por el patrono.

En efecto, si esta especial categoría de trabajadores, creada por el legislador, obedece de manera esencial y fundamental a la necesidad de las empresas de proteger sus altos intereses, su propiedad o patrimonio,

parece lógico deducir que las personas señaladas o escogidas por el patrono para realizar esas determinadas actividades o funciones, lo sean en atención a sus antecedentes personales, a su capacidad y moralidad, además de los conocimientos técnicos que el cargo requiera; esto hace suponer que debe tratarse de situaciones estables a a las que de ordinario llega el trabajador bien sea por sus antecedentes y trayectoria en la prestación de servicios anteriores a la empresa, o porque sus calidades especiales de que es poseedor y de que seguramente tiene conocimiento el empleador, le permiten obtener esa clase de distinciones para desempeñar un cargo de dirección, de confianza o de manejo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., julio veintitrés de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

La señora Lola Santander de Calvachi, por medio de apoderado, demandó al Banco Central Hipotecario, S. A., con domicilio principal en Bogotá, representado por su Gerente señor Ernesto Michelsen, para que mediante los trámites de un juicio ordinario laboral se le condenase a pagarle la suma de $ 4.989.34 por concepto de 3.315 horas de trabajo extra nocturno prestado al Banco demandado y la suma de $ 250.00 por cada mes de retardo, o en su defecto, la de $ 8.33 por cada día de mora en el pago de la suma determinada en la primera petición, por concepto de indemnización de que trata el artículo 65 del C. S. del T. y, por las costas del juicio, en caso de oposición.

Para fundamentar su acción, relató catorce hechos que pueden sintetizarse, así: Que prestó sus servicios al Banco demandado mediante contrato celebrado por escrito, desde el 10 de marzo de 1952 hasta el 30 de junio de 1954; que durante ese período, no obstante haber sido contratada como mecanógrafa, en virtud de la cláusula duodécima del citado contrato, le correspondió también trabajar como auxiliar de caja, cajera, revisora y operador de registradora, con un sueldo inicial de $ 150.00 mensuales, hasta llegar a una asignación de $ 250.00 que era el sueldo que devengaba al tiempo en que se retiró del Banco; que las remuneraciones devengadas correspondían al trabajo desarrollado durante la jornada ordinaria de ocho horas que terminaba a las 6 de la tarde de cada día; que durante todo el período en que prestó sus servicios trabajó cinco horas extras nocturnas, con excepción de los días domingos y festivos comprendidos en el mismo lapso, lo cual da un total de 3.315 horas; que la labor en esas horas de trabajo, nocturno, consistió en el archivo de tarjetas, contestación de correspondencia de la Oficina principal y de los clientes suscriptores de Cédulas de Capitalización, elaboración de cartas de aviso de iniciación de grupos a los clientes, cartas para cancelar cédulas por caducidad, cobros mediante carta mensual a los suscriptores de cédulas, suma de cédulas de capitalización, etc. etc.; que ese trabajo extra nocturno se hizo necesario no por culpa del empleado, sino a virtud del gran recargo de trabajo, de la escasez de empleados y en acatamiento de la obligación que impone al trabajador el numeral 1º del artículo 58 del C. S. del T., y en cumplimiento de las órdenes y autorizaciones dadas, en forma verbal, por el director y el secretario del citado Banco, que funciona en la ciudad de Pasto.

Como fundamentos de derecho invocó los artículos 9º, 14, 32, 43, 57 numeral 9º, 58, 65, 159, 160 168 y concordantes del C. S. del T. los artículos 12, 25, 26, 27, 36, 74, 145, y concordantes, del Código de Procedimiento Laboral y el artículo 1.494 del C. C.

La parte demandada por medio de apoderado, se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas en la demanda, por considerar que la demandada no había prestado el trabajo extra nocturno reclamado y que el Banco había cumplido estrictamente, y de buena fé sus obligaciones para ésta. En cuanto a los hechos, aceptó los tres primeros, expresó que debían probarse otros y, no aceptó los restantes.

Tramitada la litis, el Juzgado del Trabajo de Pasto, que fue el del conocimiento, la desató absolviendo al Banco de los cargos y peticiones contenidas en la demanda, en fallo de fecha 12 de noviembre de 1956.

Apelada esta decisión por el apoderado de la demandante, subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, entidad que por medio de su Sala Laboral confirmó la sentencia recurrida, por mayoría de votos, pues uno de los Magistrados salvó el suyo, por no estar de acuerdo con algunos de los considerandos de la parte motiva de la sentencia, especialmente en lo relacionado con la apreciación de la prueba sobre determinación del número de horas extras.

Contra la providencia anterior interpuso el recurso de casación el apoderado de la demandante; habiéndosele concedido por el Seccional y admitido por la Corte, se procede a resolverlo teniendo en cuenta la demanda de casación y el correspondiente escrito de oposición.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación.—Al principio de la demanda expresa el recurrente: "El recurso de casación a que hago referencia persigue la finalidad que sea parcialmente casada la sentencia de segundo grado a efecto de que, convertida esa Sala en Tribunal de instancia, decrete contra la parte demandada las condenaciones que señaleré adelante". En la parte final de la misma, manifiesta: "En consecuencia, solicito que sea infirmado el fallo recurrido y, en su lugar, se hagan las condenaciones tal como se solicitó en el libelo inicial del litigio. En subsidio, solicito que se condene en abstracto por el mismo concepto de horas extras o suplementarias laboradas por mi mandante, ya que, en todo caso, lo que sí resultaría contrario a todo principio de equidad y de justicia sería que quedaran sin remuneración los servicios prestados por ella a tan poderosa institución bancaria".

Cargo único. Acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 162 literal a) del C. S. del T., por aplicación indebida y del artículo 168 del mismo Código, por falta de aplicación, todo debido a errores de hecho provenientes de equivocada apreciación de elementos probatorios que singulariza.

Dice que el Tribunal incurrió en dos notorios, protuberantes, y ostensibles errores de hecho, manifiestos en los autos a saber:

I) Dar por probado sin estarlo, que las labores que tuvo a su cargo la demandante fueron de confianza y excluídas, por tanto, de la jornada ordinaria de trabajo;

II) No tener en cuenta la demostración de un número de horas suplementarias de trabajo nocturno que aparecen acreditadas en el proceso. Agrega, que a los errores de hecho puntualizados llegó el Tribunal como consecuencia de la equivocada apreciación de las siguientes pruebas:

a) La declaración de Olga Burgos visible a folios 32 a 34 del primer cuaderno; b) La declaración de Alfredo Arturo Ocaña, folios 34 a 35 del mismo cuaderno; c) La declaración del señor Guillermo Jurado Z. que obra a folios 35 a 36 del mismo cuaderno; d) La inspección ocular y dictamen pericial anexo que obran a folios 52, 53, 56 a 61 del mismo cuaderno; e) Las posiciones absueltas por la demandante que obran a folios 53 a 54 del mismo cuaderno.

Al efecto, el recurrente hace el análisis de las pruebas indicadas anteriormente para concluír que el Tribunal de Pasto verificó un equivocado examen probatorio como consecuencia del cual absolvió a la parte demandada, y que, con esta conducta, incurrió en la violación indirecta de las disposiciones laborales sustantivas mencionadas anteriormente, porque los cargos desempeñados por la demandante no fueron de confianza y manejo y, porque si se llegara a la conclusión de que en algunos períodos sí lo fueron, no podría proferirse una decisión que desconociera sus derechos; agrega que el sentenciador, violó así, por aplicación indebida, el artículo 162 literal a) del C. S. del T. y que dejó de aplicar, siendo pertinente al caso de autos, el artículo 168 de la misma obra, con lo cual se configura una violación por **comisión** y otra por **omisión**, agravio que corresponde enmendar a la Corte.

Por su parte, el opositor hace un detenido análisis de la providencia recurrida y de los fundamentos de la demanda de casación, para concluír que debe rechazarse tanto la petición principal como la subsidiaria contenidas en el alcance de la impugnación que señala el recurrente.

Se considera.

El Tribunal hace el análisis de los testimonios de Olga Burgos y de Guillermo Jurado y de las posiciones absueltas por la demandante, para precisar qué clase de funciones fueron las desempeñadas por Lola Santander de Calvachi durante el tiempo que estuvo trabajando al servicio del Banco Central Hipotecario y llega a la conclusión de que éstas fueron de confianza y que, como tales, su trabajo quedaba excluído de la regulación sobre jornada máxima legal conforme al literal a) del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo. Consideró, además, un segundo aspecto de la cuestión consistente en que no estaba establecido el número exacto y preciso de las horas de trabajo extra nocturno laboradas por la demandante. En el estudio de las pruebas aportadas al proceso, desestimó el dictamen pericial que obra a folios 56 del expediente por considerar que carece de valor probatorio por haberse pretermitido formalidades exigidas por el Código de Procedimiento Laboral; igualmente, desestimó el testimonio de Alfredo Arturo por razón de que este testigo tiene una demanda en el mismo Juzgado, contra el citado Banco, por el pago de horas ex-

tras de trabajo y, además, porque ese testimonio se rindió con violación de lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 168 del C. J.

El **ad-quem,** para deducir que las funciones desempeñadas por la demandante al servicio del Banco Central Hipotecario, Sucursal de Pasto, revistieron las características de un trabajador que desempeña cargos de confianza o de manejo, apoyó su juicio, así:

1º En la declaración de la señorita Olga Burgos (folios 32 a 34 del primer cuaderno), en cuanto afirma que Lola Santander de Calvachi durante el tiempo que prestó sus servicios al Banco, "se dedicó a suma y cuadro de Cédulas de Capitalización, numeración de cédulas, archivo de tarjetas, cobros, cartas etc."; que entró "como Auxiliar de Caja, después estuvo de Cajera, Inspector de Caja y últimamente auxiliar de la Secretaría"; y, en la discriminación que la misma deponente hace de las funciones que correspondían desempeñar en el Banco a las personas encargadas de esos empleos, así: "Auxiliar de Caja tenía que ayudar a contabilizar tarjetas de cédulas, elaboración de recibos y arrendamientos, archivo de las tarjetas, numeración de tarjetas, aviso de iniciación de grupos. Cajera: Recibir el dinero, sellar y firmar los comprobantes, archivar por la tarde las tarjetas. Inspector de Caja: registro del libro de caja de todos los comprobantes que pasen por caja y revisión de todas las tarjetas y libretas de arrendamiento que se contabilizan diariamente, cuadre de libros. De Auxiliar de la Secretaría: Revisión de todos los comprobantes de préstamos, pago de comisiones, revisión de todos los los comprobantes del movimiento diario en sus respectivas cuentas, por la tarde revisión de planillas de fiduciaria y planillas de cédulas de capitalización".

2º En el testimonio del señor Guillermo Jurado, en cuanto lo relaciona con el de Olga Burgos, así: "En lo que respecta al testimonio del señor Guillermo Jurado Z., sobre la naturaleza de las funciones ejercidas por Lola Santander Palacios, si bien no contradice el testimonio anterior, su exposición se resiente de cierta vaguedad pero sí da a entender que fueron múltiples las funciones desempeñadas por la demandante. Al contestar la pregunta 7ª referente a la clase de trabajos ejecutados por la demandante, dice: 'De acuerdo en la distribución del trabajo dejada por los visitadores cumplía con ellas y a solicitud del Director ayudaba en las otras distintas labores del Banco y que quedan descritas en la pregunta'."

3º. En las respuestas dadas por Lola Santander de Calvachi a las preguntas 2ª, 3ª, 6ª, 9ª, 10ª y 12ª, contenidas en el pliego de posiciones que absolvió a solicitud de la parte demandada, que dicen, así: "2ª. Diga como es verdad que durante todo el tiempo que usted trabajó en el Banco Central Hipotecario de Pasto, en los cargos de auxiliar de caja, cajera y revisora de la Agencia de Pasto, administraba dinero, es decir, recibía dinero y tenía que dar cuenta de él?". Contestó: "Yo entré al Banco como mecanógrafa pero como había escasez de empleados me tocaba hacer de todo; es decir yo no tenía ocupaciones fijas y estaba sujeta a las órdenes que se ma daban". 3º. "Diga cómo es verdad que usted no solamente administraba, es decir manejaba dinero, sino que también los comprobantes de las obligaciones estaban bajo su confianza y dirección?. Contestó: "Cuando me tocó de cajera que era muy raras veces sí manejaba dinero y cuando estaba de revisora estaban a mi cargo los comprobantes de la contabilidad del Banco". 6ª "¿Cómo es verdad que usted durante su empleo en el Banco en los distintos cargos que desempeñó, tenía a su disposición los archivos del Banco, los papeles de los deudores, tenía que contabilizar cédulas de capitalización y recibir valores por este concepto?" Contestó:
"Sí es verdad". Leída la aprobó. 9ª "¿Diga cómo es verdad que el auxiliar de caja del Banco, el cajero del Banco y el revisor de caja son empleados que manejan dinero, cuentas, comprobantes y que están en la obligación de cuadrar diariamente la caja?". Contestó: "Sí es verdad". Leída la aprobó. 10ª "¿Diga cómo es verdad que el cajero o si el ayudante del cajero o si el revisor de la caja no fueren empleados de confianza de las directivas el no podría marchar?". Contestó: "Es muy natural que tiene que ser de confianza de las directivas". Leída la aprobó. 12ª. "¿Diga cómo es verdad que usted sí manejó durante todo el tiempo que estuvo empleada en el Banco tanto dinero como documentos de mucha importancia, documentos que debía llevar su firma para obtener valor ante el Banco?". Contestó: "Durante todo el tiempo no. Cuando apenas entré fuí auxiliar de caja que apenas expedía los recibos; después estuve de supernumeraria dedicándome a archivar y exfoliar. No me entendí para nada de documentos ni estampar firmas".

En seguida, el Tribunal consigna lo siguiente:

"No queda, pues la menor duda —con base en las pruebas anteriores— de que Lola Santander de Calvachi si bien celebró contrato con el Banco Central Hipotecario para trabajar como mecanó-

grafa, desde el primer momento, según los testimonios traídos y su propia confesión, entró a desempeñar funciones de confianza, pues los Directores del Banco Central Hipotecario hicieron para ello uso de la facultad estatuída en la cláusula duodécima del contrato firmado, según la cual el patrono puede disponer que el empleado preste sus servicios en otro puesto o en lugar distinto del expresado anteriormente. En tales condiciones, las horas extras trabajadas por Lola Santander Palacios se regulan por lo dispuesto en el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, ordinal a)".

Para decidir si en el asunto **sub-lite** se configura o nó el primer error de hecho que el recurrente trata de deducir de la sentencia impugnada, la Corte estima necesario fijar previamente, con apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia, el alcance y contenido de los términos "cargos de dirección, de confianza o de manejo" que emplea el Código.

Se observa en primer lugar que, por razón de los caracteres particulares de algunos trabajos o actividades, el legislador se vio obligado a crear una especial categoría de trabajadores que, para ciertos efectos, sometió a un régimen especial, como ocurre en lo referente a la regulación de la jornada máxima de trabajo y al fuero sindical.

Por lo que hace al punto que interesa al caso en estudio, el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, estableció lo siguiente: "Quedan excluídos de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores: a) Los que desempeñan cargos de dirección, de confianza o de manejo;...." Esos términos de "dirección, de confianza o de manejo" que utiliza la ley, no implican categorías distintas, conforme al significado gramatical de las palabras que emplea, sino que abarcan una institución única, traducen una sola idea y son la expresión legal del concepto "trabajadores de confianza", nacido de las necesidades y del interés de las empresas. Por otra parte, se trata de un concepto genérico, que no es susceptible de una enumeración limitativa, y que, por consiguiente para precisar si una determinada actividad implica el desempeño de un cargo de "dirección, de confianza o de manejo" debe estudiarse en cada caso la respectiva relación de trabajo, en función de los intereses y necesidades fundamentales de cada empresa, cuestión que corresponde al juzgador pues el Derecho del Trabajo no abandona a la voluntad de los particulares la fijación de sus conceptos.

En apoyo de lo anterior, es oportuno citar lo expresado sobre el particular por el tratadista Mario de la Cueva en su Obra Derecho Mexicano del Trabajo, que dice: "Ahí donde están en juego la existencia de la empresa, sus intereses fundamentales, su éxito, su prosperidad, la seguridad de sus establecimientos, el orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores ,debe hablarse de empleados de confianza".

No basta, pues, para incluir dentro del régimen exceptivo que consagra el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, a las personas que ocupan ciertos y determinados puestos, porque éstos sean de confianza, sino que, es indispensable que la función que se desempeñe en los puestos de que se trata, sea **sustancialmente de confianza** y este carácter depende de las actividades que se desempeñen. Así lo ha entendido la jurisprudencia al expresar: "Desde luego, en todo trabajador, se deposita un mínimo de confianza que responde a las exigencias de lealtad, honradez, aptitud y demás calidades derivadas de la especial naturaleza de la relación laboral. Pero cuando a esas condiciones comunes se agregan otras que por comprometer esencialmente los intereses morales o materiales del patrono, implican el ejercicio de funciones propias de éste, el elemento confianza adquiere singular relieve y por ello se le usa para calificar o distinguir el carácter del empleado" (Casación 7 de noviembre de 1950, Gaceta del Trabajo, Tomo V, Pág. 900).

Además, el concepto que implica el término —cargo de confianza—, según el alcance y contenido que se deja expuesto, no ha de existir solamente en un momento de la relación de trabajo, pues no puede calificarse como empleado de confianza a aquél que, no siéndolo según sus funciones esenciales y permanentes, en un momento dado y con carácter transitorio, para llenar vacíos en la empresa le sean asignados o impuestos servicios de tal, por el patrono.

En efecto, si esta especial categoría de trabajadores, creada por el legislador, obedece de manera esencial y fundamental a la necesidad de las empresas de proteger sus altos intereses, su propiedad o patrimonio, parece lógico deducir que las personas señaladas o escogidas por el patrono para realizar esas determinadas actividades o funciones, lo sean en atención a sus antecedentes personales, a su capacidad y moralidad, además de los conocimientos técnicos que el cargo requiera; esto hace suponer que debe tratarse de situaciones estables a las que de ordinario llega el trabajador bien sea por sus antecedentes y trayectoria en la prestación de servicios anteriores a la

empresa, o porque sus calidades especiales de que es poseedor y de que seguramente tiene conocimiento el empleador, le permiten obtener esa clase de distinciones para desempeñar un cargo de dirección, de confianza o de manejo.

No comparte la Corte las consideraciones del **ad-quem** para desechar las pruebas señaladas por el recurrente, a saber: el testimonio de Alfredo Arturo Ocaña y el dictamen rendido por el perito señor Ignacio Obando.

En efecto, el testimonio del primero de los nombrados, no puede desestimarse por el hecho de que el declarante tenga demandado al mismo Banco Central Hipotecario para obtener el reconocimiento y pago de salarios provenientes de trabajo en horas extras, pues, resulta lógico que la demandante necesitaba valerse del testimonio de cualesquiera de sus ex-compañeros de trabajo, no obstante que estos fuesen demandantes del mismo patrono, pues así lo impone la naturaleza misma de los antecedentes de la litis, ya que las circunstancias y modalidades en que se cumplieron las relaciones de trabajo de la actora, podían ser observadas directa y constantemente por los propios compañeros de labores. Resulta, pues, notoriamente ilógica e infundada la pretensión del fallador, al considerar inverídico, por este aspecto, el referido testimonio.

El otro punto considerado por el **ad-quem** en relación con esta misma declaración, no resulta suficientemente acorde con el criterio de valoración científica y racional que corresponde al ámbito de apreciación probatoria por parte del juzgador, pues si es verdad que el deponente, al responder a las primeras interrogaciones manifestó ser verdad o ser cierto lo preguntado, sin más explicaciones, en cambio, al contestar a las preguntas relacionadas con los extremos fundamentales del debate, formuladas por los apoderados de ambas partes, lo hace explicando cada respuesta, con lo que demuestra que dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos.

Por lo que respecta a las apreciaciones del **ad-quem** para restarle todo valor probatorio y desestimar el dictamen del perito Obando, la Sala no las comparte, por ser evidentemente contrarias a la realidad procesal, ya que el dictamen respectivo se produjo como consecuencia de haberse decretado por el Juez, en audiencia pública, esta prueba pericial; de haberse practicado igualmente dentro de la diligencia de inspección ocular realizada también en audiencia pública por el Juez y su Secretario, con asistencia de las partes y del perito por haberse concedido dentro de la misma diligencia, plazo al perito para rendir su dictamen; y, por haber sido puesto en conocimiento de las partes el concepto pericial, mediante auto proferido en audiencia pública, sin que fuera materia de objeción o reparo formulado en tiempo oportuno.

De lo expuesto sobre el análisis de las pruebas apreciadas por el **ad-quem** y de las que él mismo desestimó con base en argumentos, que, como se ha visto no comparte la Corte, resulta ostensible y manifiesto el primer error de hecho que le imputa el recurrente a la sentencia impugnada, al considerarse por ésta que la demandante desempeñó funciones de confianza durante todo el tiempo de su relación laboral, apreciación errónea que llevó al sentenciador a estimar que las horas trabajadas por la demandante se regulan por lo dispuesto en el ordinal a) del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, y, como consecuencia, a negarle el derecho para el pago de sus servicios en horas extras de la jornada legal. En efecto, es un hecho plenamente acreditado que la demandante fue contratada y entró a prestar sus servicios inicialmente como mecanógrafa, pues así consta del contrato de trabajo que obra a folios 5 y 6 del cuaderno principal, que no ha sido desconocido ni impugnado por las partes. De la declaración de la testigo Olga Burgos, compañera de trabajo de la demandante en el mismo Banco, aparece la afirmación de que Lola Santander de Calvachi entró como auxiliar de caja y después estuvo de cajera, de inspector de caja y que las últimas funciones que desempeñó fueron las de auxiliar de la secretaría. Si bien esta misma deponente expresa cuáles eran las funciones que desempeñaban las personas encargadas de esos empleos, lo hace sin individualizar ni señalar que esas funciones específicas fueran las que desempeñó la demandante. En cambio, en el dictamen pericial que esta Sala acoge, el perito, con base en "la correspondencia y libros del Banco Central Hipotecario Agencia de Pasto", al responder a uno de los cuestionarios que le habían sometido a su pericia, después de expresar que en los archivos y documentos que se le facilitaron por el Banco no encontró las labores que tenía que desempeñar la Cajera del mismo en 1952, sí relaciona las que le correspondió desempeñar a la demandante en el cargo de auxiliar de secretaría o revisión, funciones éstas que en ninguna forma son susceptibles de comprenderse dentro de las que corresponde al concepto de cargo de confianza, pues la revisión de comprobantes de contabilidad, de préstamos sobre cédula de capitalización,

de tarjetas de cuotas de cédulas, de papeletas referentes a préstamos, el chequeo de las cuentas que se llevan en la máquina contabilizadora, la elaboración y cuadro de planillas de movimiento de cédulas y otras labores similares que allí se detallan, escapan, como es obvio, al enunciado concepto de cargo de confianza. Además, de los elementos probatorios obrantes en el proceso resulta la convicción evidente de que si la demandante desempeñó las funciones de Cajera del Banco, ello fue en forma accidental o transitoria en un momento de la relación laboral, debido seguramente a la falta de personal y de elementos que afrontaba la institución Bancaria durante el tiempo en que ésta le prestó sus servicios, como consta de las declaraciones y del dictamen pericial que corroboran las afirmaciones de la demandante consignadas en el libelo de demanda y en las posiciones que absolvió dentro del juicio. De ahí, que las disposiciones legales en materia de jornada, llevan implícita la obligación que incumbe a los patronos de mantener a su servicio un número tal de trabajadores, que, sin necesidad de que ninguno de ellos prolongue su tiempo de trabajo, la actividad normal de su trabajo se desarrolle o se realice dentro de las jornadas previstas por la ley. Si el desarrollo de la industria bancaria en la ciudad de Pasto, por parte del Banco demandado, no estaba ajustada a estos principios de organización, sólo esas circunstancias anormales (falta de personal y de elementos), demostradas en los autos, hicieron factible que la demandante fuera ocupada, aunque de manera temporal, en labores distintas a aquellas para las cuales había sido contratada y ello hizo posible la necesidad de que se le prolongara la jornada legal de trabajo diario.

Por lo que hace al segundo error de hecho que el recurrente deduce de la sentencia del **ad-quem,** encuentra la Sala que evidentemente fue errada la apreciación del Tribunal de las pruebas allegadas al proceso, pues de ellas y de manera especial de la declaración del ex-Gerente señor Guillermo Jurado Z. resultan los elementos suficientes para acreditar que la demandante ciertamente trabajó un mínimum de 5 horas extras nocturnas, durante todos los días laborables desde que inició su contrato de trabajo el 10 de marzo de 1952 hasta fines de agosto del año de 1953, fecha ésta en que el testigo dejó de desempeñar el cargo de Gerente de esa entidad Bancaria.

Apareciendo notorios y evidentes los errores de hecho apuntados por el recurrente, prospera el cargo que se estudia y habrá de casarse la sentencia, para lo cual se hacen las consideraciones de instancia, así:

Como se ha expresado antes, del material probatorio que obra en el juicio y especialmente de la declaración del ex-Gerente señor Guillermo Jurado Z. que obra a folios 35 a 36 del cuaderno principal, resulta evidente que la demandante trabajó, un mínimum de 5 horas extras de trabajo nocturno, durante todos los días laborables comprendidos entre el 10 de marzo de 1952 en que entró a prestar sus servicios al Banco y el 30 de agosto de 1953 en que se produjo el retiro del declarante Jurado como Gerente del citado Banco, lo que dá un total de dos mil ciento ochenta y cinco (2.185) horas extras de trabajo nocturno, las que liquidadas para su remuneración con un recargo del 75% sobre el valor del trabajo ordinario diurno y teniendo en cuenta el sueldo devengado por la demandante, que según el dictamen pericial fue de $ 150.00 mensuales desde el 10 de marzo de 1952 hasta el 30 de junio del mismo año y de $ 200.00 desde el 1º de julio de 1952 hasta el 30 de septiembre de 1953, arroja un valor de tres mil veintidós pesos con treinta y cinco centavos ($ 3.022.35) correspondiente a esos servicios prestados.

Aunque el recurrente en la parte final de su demanda, plantea nuevamente el alcance de la impugnación en el sentido de que "se hagan las condenaciones tal como se solicitó en el libelo inicial del litigio" y en éste se pide la condena por salarios caídos, estima la Corte que habiéndose limitado la proposición jurídica contenida en el cargo estudiado únicamente a lo referente al extremo del reconocimiento de las horas extras trabajadas, no es el caso de considerar el otro derecho pedido en la demanda inicial y que, en consecuencia, habiéndose aceptado únicamente la casación parcial de la sentencia impugnada, deberá mantenerse ésta en lo referente a la absolución de salarios caídos y costas de las instancias.

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 Tribunal de Pasto con fecha 22 de marzo de 1957 y constituída en Tribunal de Instancia, reforma la del **a-quo,** en el sentido de condenar, como en efecto condena, al Banco Central Hipotecario S. A. con domicilio principal en Bogotá, a pagar, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a la demandante señora Lola Santander de Calvachi la suma de tres mil veintidós pesos con treinta

y cinco centavos ($ 3.022.35), por concepto de remuneración de trabajo extra nocturno.

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 Fernando Paredes A.—Roberto De Zubiría C.—Jorge Vélez García— Antonio del Castillo, Conjuez.—**Vicente Mejía Osorio,** Secretario.

SUBSISTENCIA FICCIONADA DEL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE LOS TRABAJADORES Y LA ADMINISTRACION A LA RUPTURA UNILATERAL DEL MISMO.—DETERMINACION DEL LUCRO CESANTE

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., julio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Samuel Montejo, por medio de apoderado, demandó al Municipio de Bogotá, representado por su Personero, para que, previos los trámites de un juicio ordinario laboral, se condenase a la entidad demandada a pagarle salarios caídos, aumento de jornal, salarios correspondientes al tiempo faltante para cumplirse el término presuntivo del contrato de trabajo, e intereses legales.

Según los hechos de la demanda, Montejo prestó sus servicios al Distrito Especial de Bogotá desde el 13 de febrero de 1943 hasta el 20 de febrero de 1953; como obrero del Alcantarillado, devengando durante los tres últimos meses de trabajo un jornal de $ 4.14; que fue despedido a partir del 20 de febrero de 1953 sin justa causa; que no se le pagó ni el auxilio de retiro ni los salarios de preaviso dentro de los 90 días siguientes a su despido; finalmente, que al tiempo de su despido le faltaban 173 días para completar otro período semestral de trabajo.

Como fundamentos de derecho invocó el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, los artículos 47 y 65 del C. S. del T. y el Decreto 2.127 de 1945, lo mismo que los Decretos 3.871 de 1949, 70 y 71 de 1950 y el artículo 1.617 del C. C. En cuanto a procedimiento, el Decreto 2.158 de 1958.

El representante de la entidad demandada, por medio de Delegado constituído al efecto, se opuso a la demanda, negó los hechos y derechos invocados y propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, carencia de acción y título, prescripción, pago y las demás que resultasen demostradas; además, la excepción dilatoria de inepta demanda.

El Juez del conocimiento que lo fue el Tercero del Trabajo del Círculo Judicial de Bogotá, profirió sentencia con fecha 14 de junio de 1956, por la cual condenó a la entidad demandada a pagar al demandante, las siguientes sumas de dinero: a) $ 832.14, por concepto de salarios del 20 de mayo al 7 de diciembre de 1953, por no pago, en oportunidad, de las prestaciones sociales debidas, a razón de $ 4.14 diarios; b) $ 368.46 por concepto de plazo presuntivo del contrato de trabajo, del 20 de febrero de 1953 al 20 de mayo del mismo año. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y la absolvió de las demás peticiones de la demandada. No condenó en costas.

El Municipio de Bogotá interpuso recurso de apelación, el que fue resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia de 14 de junio de 1957, por la cual revocó el literal a) del punto primero de la sentencia recurrida y, en su lugar, absolvió al Distrito Especial de Bogotá del pago de "salarios caídos" reclamados por el demandante. Confirmó en todas sus partes el literal b) del punto primero y los puntos segundo, tercero, cuarto y quinto de la sentencia apelada. No hubo condenación en costas.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación. El recurso interpuesto por la entidad demandada se declaró desierto. Por tanto, se procede a decidir el recurso interpuesto por el demandante, que fue admitido y tramitado en legal forma, teniendo en cuenta la respectiva demanda de casación y el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación. Persigue se infirme la sentencia recurrida para que sea reemplazada por una en que se hagan las condenas solicitadas en la demanda inicial. Formula al respecto un solo cargo.

Cargo único. El recurrente en la parte de su demanda que denomina "expresión de los motivos de casación" considera que la sentencia impugnada violó los artículos 49 y 50 del Decreto 2.127 de 1945, el artículo 1º parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949, el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 12 de la Ley 153 de 1887. Agrega que las anteriores disposiciones "fueron in-

fringidas por violación directa, por aplicación indebida, por interpretación errónea y a consecuencia de error de hecho.

Al desarrollar el cargo manifiesta: "El H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al declarar que el Decreto 797 de 1949 excede la potestad reglamentaria de la Ley 6ª de 1945, y al dejarlo de aplicar, ha infringido con violación directa ese mismo Decreto 797 de 1949 y por aplicación indebida, está infringiendo el artículo 12 de la Ley 153 de 1887".

El argumento principal del cargo consiste en que el Tribunal no tiene base legal alguna para considerar que el Decreto 797 de 1949 excede la potestad reglamentaria, y, en consecuencia, para dejar de aplicarlo como era del caso hacerlo.

Se considera:

Observa la Sala que el cargo adolece de deficiencias técnicas en su formulación, ya que el recurrente agrupa en uno solo diversos motivos o conceptos de infracción de las normas que considera violadas. Sin embargo, la Sala, procediendo con un criterio de amplitud, lo estudia concretándose a la violación por el concepto de aplicación indebida del artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y falta de aplicación del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto Ejecutivo Nacional 797 de 1949.

El sentenciador para revocar la condena del **a-quo**, en lo referente a "salarios caídos", se fundamenta en la tesis sostenida por esa misma entidad al resolver otros casos análogos y al efecto transcribe y reitera lo dicho en la sentencia que puso fin, en segunda instancia, al juicio promovido por Oliverio Garzón contra el Municipio de Bogotá, de fecha 13 de junio de 1957. El concepto principal que sustenta y desarrolla en dicho fallo, está contenido en el siguiente aparte: "El Decreto 797 de 1949, invocado en sustento de estas solicitudes, sustituyó el Art. 52 del 2.127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del año últimamente citado. Mas, a juicio de esta Corporación, así el sustituído, en la norma destacada, como el sustituto, exceden la potestad reglamentaria, por lo cual precisa dejarlos de aplicar en el caso **sub-judice**, en fuerza de lo estatuído por el artículo 12 de la Ley 153 de 1887".

La Corte no comparte esta tesis del Tribunal, pues considera que el Decreto 797 de 1949 fue expedido por el Ejecutivo Nacional sin exceder los límites de la potestad reglamentaria.

Al efecto, estima la Sala que para resolver el caso **sub-judice**, es suficiente reiterar lo expresado sobre el particulaar al decidir un caso análogo al presente, mediante la sentencia de casación proferida dentro del juicio adelantado por Pedro Antonio Perilla contra el Municipio de Bogotá, con fecha 11 de junio de 1959. En ese fallo, después de hacerse una transcripción de los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945, 51 y 52 del Decreto 2.127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, se expresó lo siguiente:

"Las disposiciones que se han transcrito, determinan la manera de calcular el lucro cesante ('los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo'), que es una de las fases de la indemnización de perjuicios prevista en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, y subordinan la extinción del vínculo jurídico contractual al pago o consignación por el patrono del valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeuda el trabajador, disposición esta última que tiene su antecedente legal en el artículo 8º de la misma ley, que exigía, para el caso de la terminación unilateral del contrato, la 'previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar'.

"Cuando en el primer inciso del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que reproduce el artículo 52 del Decreto 2.127 de 1945, se dice que 'no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude', quiere significarse que la simple separación material del trabajador, cuyas relaciones personales con el patrono 'pudieran hacerse muy penosas y hasta ocasionar algunas perturbaciones en el establecimiento en que trabaja', como lo observa Planiol (Tratado de Derecho Civil Tomo XI, Pág. 90), no acarrea necesariamente la completa cesación del vínculo jurídico, y por ello el patrono continúa obligado al pago de los salarios.

"Y si respecto de los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, se habla de que dichos contratos se consideran 'suspendidos' hasta por el término de 90 días, plazo que se concede para efectuar la liquidación y pago de lo que la administración adeude al trabajador, y de que pasado ese plazo los contratos 'recobrarán su vigencia', apenas debe entenderse que el vínculo jurídico subsistente, aislado de la prestación del servicio, no envuelve la obligación de pagar salarios durante el término de gracia, pero si desde que éste concluye, y hasta cuando se cubra al trabajador lo que se le adeude o se haga el depósito ante autoridad competente.

"Es de advertir que la anterior jurisprudencia

explicaba estos fenómenos mediante la tesis de la subsistencia ficcionada del contrato de trabajo (ver sentencias del 27 de marzo de 1953 —Luis Angel Valencia contra el Departamento de Caldas— y del 17 de junio de 1957, —Abraham Muñoz contra el Municipio de Bogotá).

"Ahora bien, es cierto que el pago de salarios una vez que el trabajador deja de prestar efectivamente sus servicios no es estrictamente una indemnización de perjuicios provenientes del incumplimiento de las estipulaciones contractuales, o sea que no cabe dentro del concepto general de daño emergente o de lucro cesante. Pero tampoco se trata, como lo entiende el fallador, de los simples intereses moratorios de un crédito laboral, porque la obligación de pagar salarios durante el lapso comprendido entre el momento en que el trabajador deja de prestar sus servicios hasta aquel en que recibe o se pone a su disposición el valor de lo que le adeuda el patrono por retribución del trabajo, prestaciones e indemnizaciones, asume el carácter de una indemnización suplementaria de perjuicios, que tiene apoyo en las normas comentadas y cuya aplicación está condicionada a la buena o mala fé del patrono, a la manera como ocurre en el derecho positivo francés, según lo anota Josserand en los siguientes términos: 'El artículo 1.153, modificado por ley de 7 de abril de 1900, decide en su último apartado que si el **deudor de una suma de dinero** causa a su acreedor por su retardo en pagársela, un **perjuicio independiente de dicho retardo,** puede ser condenado por ello a **'intereses distintos de los intereses moratorios del crédito'**, es decir, a daños y perjuicios suplementarios justificados por su mala fé'. (Derecho Civil, Traduccción española, Tomo II, Volumen I, Pág. 513).

"Y es obvio que independientemente del retardo, el trabajador que, por renuencia injustificada del patrono, no recibe oportunamente el valor de sus salarios, prestaciones e indemnizaciones, ve afectados sus prospectos económicos que giran necesariamente en torno a los derechos mínimos que la ley le concede, sufriendo de este modo un perjuicio que debe ser reparado en forma distinta a la de un simple interés moratorio".

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Sala, en desacuerdo con el Tribunal, estime que los artículos 52 del Decreto 2.127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, no exceden la potestad reglamentaria, en cuanto se limitan a desarrollar los principios generales consignados en los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, por lo que considera que han debido aplicarse al caso de autos. No habiéndolo hecho así el **ad-quem,** prospera el cargo.

En consecuencia, la Sala convertida en Tribunal de instancia, procede a decidir el punto, mediante las siguientes consideraciones:

Aunque el demandante, al determinar el alcance de la impugnación, persigue que al casarse el fallo recurrido se reemplace por uno en que se hagan todas las declaraciones solicitadas en el libelo inicial, es lo cierto que su interés jurídico, en casación, está limitado al extremo de los denominados "salarios caídos" ya que el recurrente se conformó con el fallo de primera instancia y el proferido por el Tribunal sólo revocó el literal a) del punto 1º de la sentencia del **a-quo,** que se refiere a la indemnización moratoria por el no pago oportuno de los salarios y prestaciones debidos. Lo anterior, trae la consecuencia lógica de que el fallo impugnado debe casarse sólo parcialmente para reconocer al demandante el derecho a la referida indemnización en los términos en que lo fue por el Juez de primer grado.

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, en la parte que revocó el literal a) del punto primero de la sentencia de primer grado y dispuso la absolución del Distrito Especial de Bogotá por concepto de los salarios caídos reclamados por el demandante, y en su lugar CONFIRMA, en este punto, la sentencia del **a-quo** de fecha 14 de junio de 1956, en cuanto condena a la entidad demandada al pago de ochocientos treinta y dos pesos con catorce centavos ($ 832.14) por indemnización moratoria. 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.

ACCION PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES.—NECESIDAD DE DEMOSTRAR EL TIEMPO DURANTE EL CUAL EL TRABAJADOR PRESTO SUS SERVICIOS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

El señor Octavio de Jesús Rico Montoya, por medio de apoderado, demandó, en juicio ordinario laboral, a la señora Eva Cadavid viuda de Arismendi, para que se le condenase a pagarle salarios insolutos, cesantía, el valor correspondiente a vacaciones causadas y no disfrutadas, prima de servicios, descanso en dominicales y días festivos, indemnización de perjuicios por rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo, indemnización por mora en el pago de prestaciones y, a las costas del juicio.

Los hechos de la demanda los relaciona el Tribunal, en forma sintética, así:

Que el demandante "trabajó al servicio de la demandada durante diez años, ocho meses, comprendidos entre el 15 de marzo de 1945 y el 14 de noviembre de 1955, en forma continua e ininterrumpida, y mediante un jornal de $ 5.00. Que el 14 de noviembre de 1955 la señora Cadavid viuda de Arismendi modificó unilateralmente el contrato de trabajo, al manifestarle al trabajador que de esa fecha en adelante le seguiría pagando a razón de $ 4.00 diarios, oferta que no aceptó el demandante. Que la demandada adeuda al trabajador la suma de $ 40.00 valor del salario correspondiente a los últimos días de servicio. Que trabajó todos los días laborables de la semana, sin que la demandada le pagara los descansos dominicales ni los descansos correspondientes a los demás días de fiesta, y que no otorgó los descansos correspondientes a las vacaciones".

En derecho fundamentó su acción en los artículos 23, 24, 26, 47, 48, 64, 65, 127, 132, 149; 172, 177, 186, 189, 249, 306 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo; Leyes 61 de 1939, 38 de 1946, 6ª de 1945, 65 de 1946; Decretos 1.160 de 1946, 709 de 1940, 2.058 de 1944 y 2.127 de 1945; Decreto extraordinario 1.406 de 1952; numeral 1º del artículo 575 del C. J., en armonía con el Decreto 243 de 1951 y el artículo 145 del C. P. del T. En cuanto a procedimiento invocó el Decreto 2.158 de 1948.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor y negó los hechos en que se fundamentan.

El Juez Civil del Circuito de Girardota, que fue el del conocimiento, profirió sentencia absolviendo a la demandada. El demandante interpuso apelación para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, entidad que, con fecha 29 de mayo de 1956, revocó la de primer grado y condenó a la demandada a pagar al demandante $ 37.50 por cesantía, $ 18.75 por prima de servicios, $ 70.00 por dominicales y $ 20.00 por festivos nacionales y religiosos. Negó las demás peticiones de la demanda y no hizo condenación en costas.

El apoderado del demandante interpuso recurso de casación, el que le fue concedido por el Seccional. Admitido y tramitado en legal forma, la Corte procede a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda de casación. Hubo escrito de oposición, pero fue presentado extemporáneamente.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación. Persigue la casación parcial del fallo impugnado, para que se condene a la demandada al pago de los salarios correspondientes al resto del período presuntivo, como indemnización por el rompimiento y violación del contrato de trabajo; y, al pago de la indemnización por mora de que trata el artículo 65 del C. S. del T.

Formula al respecto tres cargos, que se estudiarán, en su orden.

Primer cargo. Acusa la sentencia impugnada de haber violado el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo por errónea interpretación de dicha norma, que condujo al sentenciador a la violación del artículo 64 del mismo Código, por infracción directa, al no darle aplicación, siendo el caso de hacerlo.

Para sustentarlo, transcribe algunos apartes del fallo impugnado y expresa que si el Tribunal admitió en forma explícita la existencia del contrato

de trabajo por un período de tres meses y, si con base en tal aceptación verificó la liquidación de cesantía, dominicales etc. y negó el derecho a vacaciones, "no se ve cuál interpretación correcta y jurídica del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, haya permitido al fallador de la instancia desechar, para efectos de la aplicación del mencionado artículo, un hecho plenamente acreditado, y, además, admitido para la aplicación de los artículos 249, 306, 173, 177 y 186 de la misma obra". Agrega que la forma errónea en que el Tribunal interpretó y aplicó la citada disposición, lo condujo, a la violación, por infracción directa, del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo al no declarar el derecho del ex-trabajador a percibir la indemnización prescrita en esa norma. Manifiesta que el Tribunal admitió la ruptura unilateral e ilegal del contrato por parte de la demandada, cuando expresa en el fallo que ésta "al absolver posiciones, confiesa un hecho que implica una violación del contrato"; que de acuerdo con la tesis del Tribunal, la sanción a que se hizo acreedora la demandada por su violación del contrato, quedaría sin efecto, infringiéndose en tal forma el artículo 64 ya mencionado. Termina solicitando se declare el derecho de la parte actora a percibir la indemnización de perjuicios equivalente al pago de salarios correspondientes al resto del período presuntivo.

Se considera.

El Tribunal consigna la afirmación de que la prueba testimonial "es insuficiente para acreditar la duración del contrato celebrado entre las partes". Al efecto, analiza los testimonios de Luis Ravé, Francisco Antonio Meza y Enrique Ramírez, para concluír que los testigos no estuvieron en circunstancias de lugar y tiempo propias para cerciorarse cabalmente, de la duración del contrato que Rico ejecutaba en beneficio de la señora viuda de Arismendi. Concluye que la prueba de algún alcance probatorio, sobre este punto, está constituída por las manifestaciones que hizo la demandada al absolver posiciones.

Más adelante, en relación con los perjuicios compensatorios ,expresa: "Tampoco es el caso de deducir condenación alguna en razón de indemnización por violación del plazo presuntivo del contrato, auncuando la demandada, al absolver posiciones, confiesa un hecho que implica una violación del contrato, porque no se sabe en qué época se inició la relación contractual, y, por tanto, no se conoce en qué forma tuvo incidencia el plazo presuntivo de seis meses que prevé el artículo 47 de la obra citada como norma reguladora de los contratos cuya duración no haya sido expresamente estipulada o no resulte de la naturaleza de la obra o servicio que debe ejecutarse".

De lo transcrito, resulta evidente que la razón del Tribunal$ para no hacer la condena solicitada respecto al extremo de los llamados perjuicios compensatorios, por el aspecto del lucro cesante, no fue otra que la de no haber encontrado en el material probatorio elementos para fijar con precisión la época en que se inició la relación contractual a fin de determinar la incidencia del artículo 47, en la determinación de los perjuicios compensatorios; o expresado de otra manera, cuánto tiempo faltaba, a la época de la terminación del contrato, para cumplirse el período presuntivo de seis meses de la relación laboral, ya que ese extremo no lo pudo deducir, exactamente ni de la prueba testimonial, como se ha visto, ni tampoco de las posiciones que absolvió la demandada, como se deduce de lo que expresó al verificar el análisis de esta prueba, así: "De ahí se **infiere que por lo menos el demandante** trabajó tres meses al servicio de la demandada hasta el 14 de noviembre de 1955, fecha en que aquél se retiró porque ésta le rebajó el salario diario de $ 5.00 a $ 4.00" (Subraya la Sala). Con apoyo en esa inferencia, el juzgador reconoció y liquidó el valor de la cesantía, prima de servicios y descanso en dominicales y días festivos, correspondientes al período de tres meses en que "por lo menos" el demandante prestó sus servicios a la demandada. Resulta lógico que el juzgador para poder efectuar la condena de indemnización de perjuicios de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, requería conocer los dos extremos correspondientes a las fechas de iniciación y terminación del período presuntivo del contrato de trabajo de que habla el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo. El sentenciador no encontró demostrado, a través de las probanzas del juicio, si la fecha de terminación del contrato coincidió o no con la fecha de terminación de uno de los períodos presuntivos de la relación que vinculó a las partes. De ello, no aparece la errada interpretación que predica el cargo, pues el fallo acusado no le atribuye a la disposición legal invocada una signficación y alcance que no le corresponde o que contraríe su espíritu. Simplemente, como se ha expresado antes, se trata de una apreciación de ciertos hechos que si el recurrente consideró establecidos o demostrados en el juicio, el camino indicado habría sido el de atacar la sentencia por la vía indirecta, a través de los posibles errores en que hubiese po-

dido incurrir el sentenciador. Por lo expuesto, no prospera el cargo.

Segundo cargo. Acusa el fallo de violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por no haber aplicado esta norma cuando era el caso de hacerlo. Para sustentarlo, el recurrente transcribe el siguiente aparte de la sentencia: "La condenación en este caso se apoya, como ya se observó, en la declaración de la parte demandada, y no en la prueba testimonial". Expresa que, en lo transcrito, se contiene el argumento principal aducido por el sentenciador para deducir la buena fé de la parte demandada al demorar el pago de las prestaciones debidas y, en consecuencia, para absolverla del pago de la indemnización por mora. Considera que ello sirve precisamente para demostrar lo contrario a la deducción del **ad-quem**, o sea, que la demandada sí tuvo conocimiento del verdadero carácter de sus relaciones contractuales con el demandante. Que la buena fé de la demandada habría podido deducirse si el Tribunal hubiera encontrado demostrado la existencia del contrato de trabajo con base en la prueba testimonial, pero que no habiendo ocurrido esto, no es posible suponer ignorancia o confusión en la mente de la demandada acerca del vínculo contractual con quien le había prestado sus servicios personales y menos deducirse su buena fé para demorar el pago de las prestaciones debidas. Que esta ausencia de lógica elemental, llevó al Tribunal a dejar de aplicar el artículo 65 del C. S. del T., cuando era el caso de hacerlo

Se considera.

Sobre este punto dijo el **ad-quem:** "En lo que se refiere a la indemnización por mora en el pago de las prestaciones, cabe considerar que de acuerdo con la prueba testimonial Octavio de Jesús Rico trabajó en beneficio de Eva Cadavid viuda de Arismendi, pero con una modalidad que no deja de ver con toda nitidez que durante todo el lapso de labores hubiese concurrido el elemento de la subordinación jurídica, y que este hecho bien pudo llevar a la mente de la patrona la consideración de que no estaba obligada al pago de prestaciones por inexistencia del contrato de trabajo. La condenación en este caso se apoya, como ya se observó, en la declaración de la parte demandada, y no en la prueba testimonial".

La Corte no encuentra error en el proceso lógico jurídico realizado por el juzgador para precisar las circunstancias de hecho relievantes para que el artículo 65 entrara en juego y pudiese aplicarse al caso concreto, ni observa que se haya equivocado al establecer la diferencia que mediaba entre la hipótesis legal contenida en la norma invocada y la tesis del caso concreto y de lo cual pudiera deducirse violación directa de la ley por el motivo de aplicación indebida que obligara a restaurar el derecho perturbado mediante señalamiento de la norma que debiendo hacerse valer, no se aplicó. En efecto, la condena al pago de prestaciones que contempla el fallo, la apoya el Tribunal en la existencia del contrato, deducida de la propia confesión de la demandada y no en la prueba testimonial. Al contrario, para absolver del pago de perjuicios por mora en la cancelación de los salarios y prestaciones, se fundamentó en la prueba testimonial. Además, si la existencia del contrato de trabajo se establece en el juicio y la acepta y deduce el sentenciador del análisis del material probatorio, ello no sinifica que deba conducir necesariamente al reconocimiento de todos los derechos que se invocan en la demanda, si por otra parte, no aparecen acreditados suficientemente los elementos requeridos por las normas que los configuran. Tal ocurre en el caso **sub-judice**, en que el Tribunal dio por probada la existencia de un contrato de trabajo que vinculó a las partes "por lo menos durante un período de tres meses" por lo cual decretó las condenas referentes a los extremos de cesantía y prima de servicios, pero se abstuvo de reconocer el derecho a la indemnización de perjuicios por mora en el pago de las prestaciones debidas y, en consecuencia, de dar aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque no encontró la semejanza que debía existir entre la hipótesis legal que esa norma contempla y las circunstancias de hecho necesarias para que pudiera aplicarse al caso concreto, pues a través del análisis de la prueba testimonial no pudo deducir la existencia del elemento mala fé por parte de la demandada, al retardar ésta el pago de las prestaciones debidas al demandante; y, sabido es, por otra parte, que conforme a creación jurisprudencial, sostenida permanentemente, la sanción que conlleva el artículo 65 invocado, gravita sobre la existencia de la mala fé, que corresponde deducirla al juzgador, de los elementos indicadores de la misma, que obren en el juicio. No prospera el cargo.

Tercer cargo. Acusa el fallo de violación del mismo artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por indebida aplicación a causa de error de hecho proveniente de la inadecuada apreciación de las respuestas dadas por la demandada al pliego de posiciones que absolvió en el juicio y que obran al folio 53 del expediente.

Dice que tales respuestas en posiciones, demues-

tran con la evidencia necesaria y en forma manifiesta, que no podía existir duda o confusión en su mente para apreciar su obligación de pagar las prestaciones debidas al demandante. Transcribe algunas de ellas, para luego afirmar su concepto de que la demandada conocía y estaba convencida del verdadero vínculo contractual que la ligaba con su trabajador Rico Montoya, por lo cual no podía atribuírsele, como lo hizo el juzgador sin apoyo ninguno en el proceso, "una situación de confusión mental con la cual justifica su demora en el pago de las obligaciones debidas al trabajador"; que la inadecuada apreciación de la clara y explícita confesión de la demandada, condujo al Tribunal a negar el derecho del trabajador a la indemnización por mora, prescrita en el artículo 65 invocado.

Se considera.

Al estudiar el cargo anterior, se puso de relieve que el sentenciador, para negarse a condenar a la demandada al pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, lo hizo porque no encontró mala fé en la actitud de la demandada, al abstenerse del pago oportuno de las prestaciones debidas al trabajador. Es decir, dedujo su buena fé, con base en la prueba testimonial aducida al juicio. Ahora bien: el recurrente, en el cargo que se estudia, se limita a señalar como mal apreciada la prueba de confesión contenida en las posiciones absueltas por la demandada y, en cambio, guarda silencio respecto al análisis del material probatorio (prueba testimonial) en que se sustenta este aspecto del fallo impugnado. Lo anterior significa que continúan vigentes las bases o fundamentos en que se afirma la decisión del **ad-quem**, por lo que hace al extremo de los llamados salarios caídos, lo que es suficiente para que el cargo no prospere.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélavse 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

PARA LA PROSPERIDAD DE LAS ACCIONES DE DOMINIO REFERENTES AL SUBSUELO PETROLIFERO, ES INDISPENSABLE DETERMINAR EL GLOBO DE TERRENO OBJETO DE LA LITIS Y DEMOSTRAR LA SUPERPOSICION DE ESTE AL AREA DE LA PROPUESTA DE EXPLORACION Y EXPLOTACION. — LA FINALIDAD PRACTICA DE ESTOS JUICIOS ES LA DE OBTENER NO SOLO UNA DECLARACION SOBRE DOMINIO PRIVADO DEL PETROLEO, SINO AL MISMO TIEMPO UN DESLINDAMIENTO PRECISO DE PROPIEDADES ENTRE LA NACION Y EL PARTICULAR OPOSITOR

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, tres de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

El señor JOHN BLACKETT formuló ante el Ministerio de Minas y Petróleos propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos en una zona de 49.769, 1.088 hectáreas, ubicada en jurisdicción de los Municipios de Ciénaga y Aracataca del Departamento del Magdalena. A dicha propuesta, distinguida con el número 450, se formularon varias oposiciones, las cuales fueron rechazadas con excepción de la presentada a nombre de la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla. En la resolución que al efecto dictó el Ministerio ordenó a estas compañías "ajustar su oposición a las normas establecidas en el artículo 34 del Código de Petróleos, dentro del término de tres meses. En acatamiento a esta decisión, la Compañía Frutera de Sevilla, diciendo haber adquirido todas las propiedades de la Magdalena Fruit Company vinculadas a la oposición, concretó sus pretensiones en libelo de demanda que presentó ante el Ministerio de Minas y Petróleos el 5 de diciembre de 1957, y el cual, junto con toda la actuación ministerial, fue remitida a esta Sala de la Corte para su conocimiento y fallo, de conformidad con el artículo 34 (inciso 4º) del Código de Petróleos. La tramitación propia de esta clase de juicios se encuentra agotada.

Bien es sabido que en virtud de lo dispuesto por el Código Fiscal Nacional de 1873 y lo preceptuado expresamente por el artículo 10º de la Ley 160 de 1936 y el 5º del actual Código de Petróleos (Decreto 1.056 de 1953) es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución, o por cualquier otra causa legal.

La Compañía Frutera de Sevilla afirma en su demanda de oposición que los predios denominados "Santa Marta Fruit Company Trace", "El Marne", "La Lila", "Soplador", "La Paulina" y la "Cecilia" cuyos linderos indica en los puntos a), b), c), d), e), f) respectivamente del libelo, le pertenecen actualmente; que hacen parte de los globos denominados "Santísima Trinidad de Aracataca" y la "Balsa", los cuales salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y no han sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad ni resolución, y que por lo tanto le pertenece el petróleo que se encuentra en el subsuelo de ellos; finalmente afirma que el área de la propuesta del señor Blackett se superpone a ellos.

De aparecer comprobadas las anteriores fundamentaciones que, en definitiva traducen los presupuestos que para esta clase de acciones ha venido señalando la jurisprudencia de esta Sala, deberá ser despachada favorablemente la demanda de oposición; pero faltando una sola de ellas, la consecuencia será su rechazo, como es lógico.

En el presente juicio falta la última de las comprobaciones antes indicadas, lo que es suficiente

para desestimar la acción, sin necesidad de entrar en dilucidaciones sobre las otras.

En efecto:

Contestando a la afirmación que el señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil hace en su alegato de fondo, en el sentido de que no está comprobado, por no haberse practicado una inspección ocular, que los terrenos de la Frutera estén comprendidos dentro del área de la Propuesta número 450, contestó el señor apoderado de esta compañía diciendo que esa comprobación resulta del mapa de la propuesta que presentó el propio Blackett, así como del plano que la entidad demandante presentó al Ministerio cuando formuló la oposición y que luégo acompañó a la demanda, plano que, afirma, "no ha sido, en forma alguna, discutido, tachado o redargüído por la parte demandada".

Sobre este plano cabe observar, ante todo, que no tiene constancia alguna de que haya sido realmente presentado ante el Ministerio en ocasión anterior a la formulación de la demanda de oposición con que principió este juicio. En segundo lugar, que habiendo sido elaborado por la propia parte demandante, y, además, no siendo el presente un litigio sobre obligaciones, es imposible hacer respecto a él una aplicación del artículo 645 del C. J., y, finalmente, que tratándose de la Nación, representada por el Agente del Ministerio Público, cualquier pretendido reconocimiento ficto sería inválido, de conformidad con el artículo 170 del C. J.

Carece, pues, de todo valor probatorio el plano en referencia. Debe estudiarse ahora el mapa que el señor Blackett acompañó a su propuesta, copias autenticadas del cual fueron fijadas por orden del Ministerio, juntamente con los avisos correspondientes, en las Alcaldías de Ciénega y Aracataca. Según este mapa, la propuesta comprende, entre otras, una extensa región al sur del Río Sevilla. Este Río constituye el límite Norte **grosso modo** del antiguo globo de la "Santísima Trinidad de Aracataca", que salió del patrimonio nacional con anterioridad al año de 1873 y del cual hacen parte los globos menores denominados "Santa Marta Fruit Trace" y el "Marne", lo cual se desprende de la sentencia de esta Corte de fecha 26 de febrero de 1945, proferida en el juicio que la Nación, por medio de apoderado contractual, promovió contra la Madalena Fruit Company, cedente de la entidad demandante, para que se declarara que eran baldíos los inmuebles prenombrados. Cierto que la afirmación de que ellos salieron del patrimonio nacional antes de 1873, fue hecha en la parte motiva de la providencia, pero no por eso deja de tener fuerza de cosa juzgada, contra lo que sostiene el señor Procurador, toda vez que dicha afirmación constituyó un antecedente lógico absolutamente inseparable de la parte resolutiva, en la que se absolvió a la sociedad demandada. También figura en el mapa el Río Tucurinca y el ferrocarril que lo atraviesa, que aparecen mencionados en la alinderación del globo "Santa Marta Fruit Trace". Sin embargo con estos pocos datos se hace imposible localizar debidamente los referidos globos; ni mucho menos los otros, cuyas alinderaciones o carecen de referencias a accidentes geográficos o éstos no son identificables en el mapa; ni siquiera en el plano ya mencionado de la sociedad demandante. Pormenor importante que falta es el camino de Valle Dupar, que constituye la base del lindero oriental del antiguo globo de "Santísima Trinidad de Aracataca", así como un dato notable de la alinderación del predio "Santa Marta Fruit Trace".

Es imposible, pues, afirmar que los inmuebles a que se ha referido la demanda de oposición están comprendidos dentro del polígono de la propuesta de Blackett. Ni siquiera puede afirmarse esto respecto al denominado "Santa Marta Fruit Trace", con relación al cual pueden localizarse en el mapa algunos de sus puntos geográficos de referencia, como acaba de indicarse, pero sin que permitan una cabal identificación. Queda, sí, cierta duda respecto a si alguna porción de este inmueble está comprendido dentro de la propuesta 450. Empero, es obvio que esto no bastaría para proferir un pronunciamiento favorable a la sociedad demandante, siquiera limitado a esa porción, en el supuesto de que concurrieran los demás elementos de la acción porque, sencillamente, no podría delimitarse en forma alguna dicha porción dentro del área de la propuesta.

En juicios como el presente se persigue obtener no sólo una declaración sobre dominio privado del petróleo, sino al mismo tiempo un deslindamiento preciso de propiedades entre la Nación y el particular opositor. En fallo de 23 de marzo de 1950 dijo esta Sala: "La finalidad práctica de los juicios sobre petróleos, es la de que el terreno materia de la oposición se excluya de la respectiva propuesta o del contrato ya celebrado, y no una simple declaración platónica de dominio (G. J. Tomo 67, Nº 2080, Pág. 342).

* * *

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando jus-

ticia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Declárase infundada la oposición formulada por la sociedad "Compañía Frutera de Sevilla", domiciliada en Wilmington Delaware, Estados Unidos de América, con asiento principal de negocios en Santa Marta, a la propuesta de contrato de exploración y explotación que ante el Ministerio de Minas y Petróleos, presentó el señor John Blackett y que fue distinguida con el número 450.

Las costas a cargo de la parte demandante.

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

Luis Carlos Zambrano—Ramiro Araújo Grau.—Efrén Osejo Peña—Carlos Peláez Trujillo—Jorge García Merlano, Secretario.

FUERZA MAYOR. — ESTA DEBE ESTAR CONSTITUIDA POR UN HECHO QUE HAGA ABSOLUTAMENTE IMPOSIBLE EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACION DEBIDA, Y NO SIMPLEMENTE QUE LA HAGA MAS DIFICIL O GRAVOSA. — TEORIA DE LA IMPREVISION. — SINTESIS DE ESTA. — TEORIA DEL "HECHO DEL PRINCIPE" O "HECHO DE LA ADMINISTRACION". — SI EL CONTRATO ES UNA LEY PARA LAS PARTES, ES EVIDENTE QUE UNA DE ELLAS, ASI SEA LA PROPIA ADMINISTRACION, NO PUEDE ARBITRARIAMENTE INTRODUCIRLE MODIFICACIONES. — CADUCIDAD DEL CONTRATO. — EL GOBIERNO NO PUEDE APROPIARSE DEL EQUIPO DE UN CONTRATISTA DE OBRAS PUBLICAS COMO CONSECUENCIA DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO DE CONSTRUCCION, SI ASI LO HICIERE, INCURREN EN EVIDENTE CULPA POR LO CUAL DEBE INDEMNIZAR LOS CONSIGUIENTES PERJUICIOS. — ESTOS, PARA SER INDEMNIZABLES, DEBEN SER CIERTOS Y NO SIMPLEMENTE HIPOTETICOS, Y SU DEMOSTRACION CORRESPONDE AL ACTOR

1.—Dentro de nuestro ordenamiento jurídico sólo la fuerza mayor es capaz de liberar de responsabilidad a quien incumple un contrato, pero el haber sido dictadas disposiciones legales que subieron los salarios y crearon nuevas prestaciones sociales no constituye una fuerza mayor, de acuerdo con la noción que de ésta consagra el artículo 1º de la Ley 64 de 1890, que acoge, en lo esencial, la doctrina dominante al respecto. La fuerza mayor debe estar constituída por un hecho que haga absolutamente imposible el cumplimiento de la prestación debida, y no simplemente que la haga más difícil o gravosa. Las dificultades económicas del deudor, nunca han sido consideradas como imposibilidad de cumplimiento. Tan cierto es esto que para poder darle algún efecto jurídico favorable al deudor, a tales dificultades, en ciertos casos, la jurisprudencia y la doctrina han tenido que elaborar teorías especiales, como la de la imprevisión y la del hecho del príncipe.

2.—La teoría de la imprevisión, elaborada por los canonistas en la Edad Media, fue abandonada durante algún tiempo, ante el triunfo de la autonomía de la voluntad, pero ha surgido nuevamente con toda pujanza en época reciente, como consecuencia de su adopción por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

Su aplicación en Colombia ya hecha, a lo menos en principio por la Corte, se justifica plenamente a la luz de los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887, en los que se proclama la vigencia de la equidad natural y de los principios generales de derecho como fuente actual y permanente de derecho positivo.

La síntesis de la teoría de la imprevisión la presenta Bonnard de la siguiente manera: "Cuando sucesos excepcionales y anormales, imprevisibles en el momento en que la concesión ha sido perfeccionada, y a los cuales las dos partes han sido extrañas, han venido a hacer más onerosa la situación del concesionario, hasta el punto de trastornar completamente la economía de la concesión y poner así al concesionario en una situación extracontractual:

"1º El concesionario permanece ligado a su obligación de ejecutar, y debe seguir haciendo funcionar el servicio;

"2º Pero tiene derecho a una cierta compensación por parte de la Administración, no por las ganancias fallidas, sino por las pérdidas sufridas y resultantes del trastorno de la economía de la concesión". (Roger Bonnard, "Precis de Droit Administratif, Partie Generale", 1935, Pág. 567).

Como anota el mismo autor, la teoría fue elaborada primeramente para los contratos de concesión, pero luégo se la hizo extensiva a toda suerte de contratos administrativos.

Con relación al caso de autos deben subrayarse las siguientes características de la teoría:

1ª Que ella apenas permite dar una cierta compensación al contratista que está en pérdida, y no que se le reconozcan todas las ganancias que normalmente habría podido obtener;

2ª Que el hecho extraordinario e imprevisible que trastorna la economía del contrato debe ser extraña a las partes.

Cabe anotar además, que, según ha sido elaborada en Francia la teoría de la imprevisión se traduce prácticamente, desde el punto de vista de su alegación judicial, en la facultad que se le reconoce al contratista de pedir al Juez del contrato que introduzca a éste las modificaciones que las circunstancias exigen, de acuerdo con los fundamentos de la teoría, lo que por fuerza impide alegarla cuando el contrato ya está fenecido. Con relación a nuestro país ha dicho la Corte que esta teoría "no puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera ampliársela no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual" (G. J. Tomo XLIV, números 1.918, 1919, Pág. 457; G. J. Tomo XLVI, Nº 1.935, Pág. 545).

3.—La teoría del "hecho del príncipe" o "hecho de la administración", que consagra uno de los casos de excepción al principio de la irresponsabilidad del Estado en materia de legislación y reglamentación, la expone Hauriou de la siguiente manera: "Hechos del príncipe, es decir, disposiciones del poder público que vienen a romper el equilibrio de un contrato en el cual la Administración es parte, pueden comprometer la responsabilidad pecuniaria de aquél. El hecho del príncipe supone tres condiciones: 1ª Un contrato en que la Administración sea parte; 2ª Una medida de poder público (ley, reglamento, decisión ejecutiva particular) cuyo efecto sea romper el equilibrio del contrato. No es necesario que la medida emane de la misma persona administrativa que celebró el contrato; 3ª. Un elemento de imprevisión, en el sentido de que si la medida del poder público ha entrado en las previsiones de las partes, en el momento del contrato, no hay lugar a indemnización en el momento en que se realiza. Un buen ejemplo de hecho del príncipe consistente en una medida legislativa lo suministra la Ley 22 de julio de 1909 que hizo más gravosas las obligaciones de las compañías de ferrocarriles con relación a los retiros de sus empleados, lo que fue de naturaleza tal que rompió el equilibrio del contrato de concesión" ("Precis de droit administratif et de Droit Public", 1933, Pág. 39).

Bien claro se echa de ver que tal teoría es perfectamente aplicable en el derecho colombiano, en virtud de los ya citados artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887, en relación con el 1.602 del Código Civil. Si el contrato es una ley para las partes, es evidente que una de ellas, así sea la propia Administración, no puede arbitrariamente introducirle modificaciones. Además, el interés general pide que los trabajos vinculados al servicio público no sufran paralización; y, de otra parte, al contratista, que generalmente hace una fuerte inversión inicial en equipos, transportes, etc., conviene continuar en el contrato.

4.—Una cosa es secuestrar un equipo y otra apropiárselo. Lo primero sería una medida temporal, que no entraña transferencia de un patrimonio a otro; lo segundo sí.

En el Derecho Administrativo Francés, por cierto que predominantemente jurisprudencial, se permite al Gobierno tomar la medida del secuestro respecto a concesiones de servicios públicos, y la de la "ejecución directa", con relación a contratos de obras públicas. En virtud de esta última, "la administración en caso de falta a ciertas obligaciones del contrato, puede sustituirse al empresario para asegurar la ejecución de las obras por cuenta y riesgo de este último. La ejecución directa se asemeja al secuestro de la concesión de servicio público" (Gaston Jeze, "Principios Generales del Derecho Administrativo", 1950, Tomo VI, página 136). Esta ejecución directa es siempre una medida provisional, y "debe, en principio, precederse de un requerimiento dirigido al empresario".

En el derecho colombiano no hay disposición legal alguna que permita, sin estipulación expresa, el secuestro de las concesiones o la "ejecución directa" de las obras públicas a que se acaba de hacer alusión.

Mucho menos la incautación de los equipos de un contratista de obras.

Conviene anotar que cuando la jurisprudencia francesa permite a la Administración tomar las instalaciones de una concesión de servicios públicos, sólo tolera esta medida en cuanto tienda a asegurar la continuidad del servicio, y dentro de los precisos límites de esta finalidad. "La caducidad no es una pena, **—dice Jeze—, es un procedimiento jurídico para asegurar la continuidad del servicio público, en lo posible sin pérdida pecuniaria para el concedente. Si, por suerte, puede lograrse la exclusión del concesionario y la prosecución de la explotación del servicio en condiciones normales, y queda un resto de activo, éste debe,** salvo cláusula en contrario, **restituírse al concesionario castigado con la caducidad. Los intereses del servicio público tienen prioridad; una vez garantizados dichos intereses, debe protegerse el interés del concesionario". (Ob. cit. Pág. 95).**

Por todo lo dicho, se impone rechazar la tesis según la cual el Gobierno puede apropiarse del equipo de un contratista de obras como consecuencia de la caducidad del contrato.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

Agotado el trámite legal correspondiente al juicio ordinario de única instancia, se procede a dictar la sentencia que debe ponerle fin a este proceso, integrado por los dos juicios acumulados que el señor FERNANDO MOSQUERA BARREIRO, "con domicilio en Bogotá y en Pasto", instauró contra la Nación ante esta Sala, por medio de apoderado.

Entresacando de los fundamentos de hecho de la demanda presentada el 9 de agosto de 1954 los que verdaderamente tienen relevancia respecto a las peticiones, pueden, en síntesis, exponerse de la manera siguiente:

a) Mosquera celebró con el Gobierno Nacional un contrato para la construcción del aeródromo de "Cano", en las inmediaciones de la ciudad de Pasto ,(hecho 4º), en el cual se pactaron precios unitarios fijos para cada una de las distintas operaciones que debía realizar (hecho 5º). "Por medio de ese contrato el doctor Mosquera se comprometió a limpiar la zona por la suma de $ 2.000.00; a hacer la explanación cuyo movimiento de tierras se calculó en ochocientos catorce mil doscientos trece metros cúbicos, a razón de noventa centavos cada uno; a remover el material a los sitios en que de acuerdo con los planos sea necesario construír terraplanes; a hacer la explanación iniciándola treinta días después de que el contrato quedara legalmente aprobado; a hacer el afirmado de la pista de Macadan de veinte centímetros de espesor con una extensión total de ciento trece mil setecientos metros cuadrados a razón de un peso sesenta centavos cada uno; a construír los drenajes de bateas con un largo de cuatro mil doscientos metros, a razón de cincuenta y cinco centavos cada metro lineal; a construír los sardineles, cunetas en la plataforma, consumideros de quinientos metros de largo a cuarenta centavos cada uno; a construír la tubería "Armco", calibre 18 drenaje de 8 puladas de diámetro, dos mil trescientos metros lineales, a $ 1.25; a construír treinta y cuatro cámaras de inspección a $ 60.00 cada uno, comprometiéndose a realizar todas estas obras de acuerdo con los planos y especificaciones aprobados por la Aeronáutica Civil".

b) Cuando se iniciaron los trabajos Mosquera pagaba salarios a razón de $ 1.20 diarios (hecho 11);

c) Avanzados los trabajos, el Gobierno, mediante Decreto 3.871 de 1949, fijó el salario mínimo de la región en la suma de $ 2.00 diarios, lo que automáticamente subió las prestaciones sociales. También se decretó el suministro a cada uno de los obreros de zapatos y overoles (hecho 11);

ch) "También posterior al contrato se decretaron la prima semestral y la prima de beneficios... todo lo cual contribuyó a aumentar el precio de la obra, en más de un 50% (hecho 12);

d) Los trabajos del aeródromo sufrieron daños muy graves por causa del crudísimo invierno que se desató en el año de 1950, de caracteres tan excepcionales que constituyó una verdadera fuerza mayor (hecho 13);

e) En el contrato se estipuló expresamente que las demoras por fuerza mayor no harían responsable al contratista y "que los plazos se considerarán interrumpidos y prorrogados por todo el tiempo de duración que haya ocurrido" (hecho 7º);

f) El Gobierno obligó a Mosquera a la construcción de terraplenes, no obstante no haberse pactado su ejecución en el contrato (hecho 8º);

g) Mosquera "se vio obligado a construir, con conocimiento y aprobación del Gobierno, un camino carretero que servía y sirvió para llevar la maquinaria de Pasto a la obra, para transportar los materiales, para transportar los trabajadores y para dar acceso a los diversos funcionarios del Gobierno que intervenían los trabajos" (hecho 10);

h) "En consideración a los factores directos de prestaciones sociales aumentadísimas, al indirecto de encarecimiento de la vida por aquel aumento de prestaciones, y al invierno extraordinario de 1950, a todos los contratistas que realizaban por cuenta de la Nación, los Departamentos o los Municipios trabajos similares a los que ejecutaba el doctor Mosquera, obedeciéndose a una organización estatal y a sano reglamento administrativo, se le reajustó a todos ellos el precio de sus contratos, cosa que con oportunidad y justicia pidió también mi cliente, con ofertas insistentes verbales y escritas de todos los funcionarios de la administración, incluyendo un acta muy posterior que se firmó entre el abogado de entonces del doctor Mosquera doctor Eduardo Nieto Calderón y el Director de Aeronáutica Civil, en la que estableció el compromiso de realizar el raejuste" (hecho 14);

i) "Tres meses antes del 20 de julio el Gobierno" acució a Mosquera para que de todas maneras en tan corto tiempo pudiera ofrecer un campo de aterrizaje provisional, en condiciones de que pudiera ser inaugurado... el 20 de julio" (hecho 15);

j) "Batiendo todas las dificultades, y trabajando de día y de noche con el consiguiente pago de salarios extras, 'Mosquera entregó a contentamiento del Gobierno la pista'" (hecho 15);

k) "En la ejecución de los trabajos por el doctor Mosquera siempre tuvo la satisfacción expresa del Gobierno Nacional, de sus representantes en la interventoría de la obra, con sólo dos diferendos..." (hecho 16);

l) "Ante la imposibilidad física, creada por fuerza mayor que radicó en el aumento legal del salario y demás nuevas prestaciones, y en el inclemente invierno, en que estuvo el doctor Mosquera para cumplir el contrato de construcciones en Cano a los precios contemplados en él, don Fernando Mosquera B. insistentemente reclamó se le reajustara el precio del contrato para poder cumplir, a lo que siempre se le respondió con promesas que nunca se le cumplieron. Entonces, además de esa situación, a Mosquera se le pagaba impuntualmente, hasta el momento en que arruinado el distinguido caballero peninsular, resolvió manifestar al Gobierno que en esas condiciones no podía seguir trabajando y que se sirviera disponer lo conveniente" (hecho 17);

ll) "El Gobierno contestó declarando la caducidad del contrato..... por Resolución número 1.821 de 20 de agosto de 1951" (hecho 18);

m) "A esta resolución... el abogado de entonces del doctor Mosquera opuso una petición oportuna y muy fundada de reposición.... que fue entregada personalmente al abogado de la Presidencia de la República, quien manifestó que tenía órdenes de éste de arreglar... todas las diferencias suscitadas por incumplimiento del Gobierno con el doctor Mosquera..." (hecho 19);

n) "Como consecuencia de todos estos hechos..... Mosquera ha sido objeto por parte de la Nación de perjuicios cuantiosos por su incumplimiento del contrato celebrado con él, por la negativa de las autoridades nacionales de reajustar los precios del contrato, por trabajos extra-contrato como la construcción de la carretera o carreteable hecha por él a beneficio de la Nación para comunicar a Pasto con el campo en construcción, cuyo valor es de cien mil pesos, por la construcción a todo costo y con trabajo extra de una pista de aterrizaje que fue inaugurada el 20 de julio por él extra-contrato, perjuicios todos que engloban una suma total de un millón de pesos, cifra en que se incluyen los implementos a que me voy a referir en el próximo hecho";

ñ) "En el campo de Cano el doctor Mosquera dejó tres campamentos, herramienta de toda clase pequeña para una cantidad de doscientos obreros, tales como carretillas, picos, azadones, barras, repuestos de máquinas, accesorios de ingeniería, tanques de depósito de gasolina, taller completo de mecánica, muebles, enseres etc., implementos de los cuales está en uso y abuso la Nación, utilizándolos para sus servicios y cuyo precio alcanza a la suma de setenta mil pesos, y cuyo inventario cuidadoso consta ya en los documentos aportados por mí".

Con base en los anteriores hechos formuló las siguientes peticiones:

"Pido a la H. Corte que previo el trámite legal correspondiente de un juicio ordinario de una sola instancia, declare nula la Resolución número 1.821 de 20 de agosto de 1951, del Gobierno Nacional por medio de la cual declaró la caducidad del contrato celebrado entre la Nación con el señor Fernando Mosquera con fecha 13 de noviembre de 1948; en su lugar declarar que la Nación

por conducto del Ministerio respectivo ,debió reajustar los precios contemplados en ese contrato, en la forma expuesta en los hechos de la presente demanda; y condenar a la Nación a pagar perjuicios al doctor Fernando Mosquera B., todo lo cual señalo en la suma de un millón de pesos ($ 1'000.000.00) y en defecto de esta súplica la suma total que se aprecie por peritos legalmente nombrados, que estimarán el valor de los perjuicios, el valor de los trabajos ordenados por el Gobierno y cumplidos por el doctor Mosquera extracontrato, el valor de los implementos de propiedad del doctor Mosquera de que se ha valido la Nación para su servicio, el mayor valor de los trabajos desde el día en que disposiciones legales del Gobierno Nacional aumentaron los precios del salario y aumentaron otras prestaciones sociales, mayores costos, precios o valores del trabajo que deberán estimar los peritos de acuerdo con las circunstancias también de fuerza mayor creadas por el extraordinario invierno de 1950".

"Pido que se declare que el sobreseimiento del doctor Mosquera en sus trabajos en desarrollo del contrato a que me he confinado, se debió a fuerza mayor perfectamente independiente de su voluntad a la que no atendió, como debió hacerlo, la Nación por conducto del Ministerio respectivo".

Como es fácil observar no satisfizo el demandante la exigencia del artículo 205 del Código Judicial, de que en el libelo debe indicarse "lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos u omisiones"; como tampoco satisfizo, respecto a los fundamentos de hecho el requisito formulado por el artículo 737 del mismo Código, según el cual los hechos fundamentales deben presentarse debidamente clasificados, lo que quiere decir que cada fundamento debe constar de un solo hecho, sin involucrar cuestiones jurídicas.

Sin embargo dichas irregularidades no alcanzan a ser de magnitud tal como para declarar la falta del presupuesto procesal denominado demanda en forma. Porque relacionando las diversas partes del "petitum" entre sí y con los fundamentos de hecho, puede la Sala, interpretando el pensamiento del demandante, llegar a precisar cuáles fueron las acciones realmente incoadas.

Lo primero que se le presenta al intérprete en forma clara, al analizar la demanda, es que en ella se han agrupado tres categorías de acciones: unas basadas en la caducidad del contrato de construcción del aeródromo y en la incidencia sobre éste de las disposiciones legales sobre salario mínimo y prestaciones sociales nuevas; otras, que versan sobre lo que el demandante llama obras realizadas extra contrato (carretera de penetración, pista provisional, terraplenes), y, por último, la acción que se basa en el uso indebido que hizo el Gobierno de los implementos que el contratista dejó en el campo. Los lineamientos de las que forman los dos últimos grupos aparecen claros; no así los de las acciones del primero.

Con relación a éstas comienza Mosquera con una petición sobre nulidad de la resolución que declaró la caducidad del contrato. Una tal declaración conduciría lógicamente al restablecimento de la vigencia del contrato, permitiendo entonces a Mosquera reincorporarse a la obra del aeródromo. Pero es claro que no es esto lo que él desea. La clave de su pensamiento la da la frase que inmediatamente contrapone a la solicitud de nulidad: "en su lugar declarar que la Nación... debió reajustar los precios contemplados en ese contrato y condenar a la Nación a pagar perjuicios"; que más adelante vincula al "mayor valor de los trabajos desde el día en que disposiciones legales del Gobierno Nacional aumentaron los precios del salario y aumentaron otras prestaciones sociales...". No desea, pues, revivir el contrato, sino que se le indemnice por los mayores gastos que tuvo que hacer como consecuencia de las aludidas disposiciones legales. Por otra parte, estas disposiciones legales, juntamente con el crudo invierno de 1950, aludido a continuación de la frase acabada de transcribir, fueron las causas del incumplimiento del contrato; y por no haberlas tenido en cuenta el Gobierno al dictar la resolución de caducidad, obró indebidamente, partiendo de la base errada de que Mosquera había tenido culpa en el incumplimiento. Esto último aparece aludido claramente en el párrafo final de las peticiones.

Resumiendo su labor interpretativa, encuentra la Sala que las acciones incoadas en esta demanda persiguen lo siguiente:

1º Que se declare que fue ilegalmente decretada la caducidad del contrato y consecuencialmente que Mosquera no tuvo culpa en el cese de los trabajos;

2º Que se condene a la Nación a pagar a Mosquera los perjuicios que sufrió como consecuencia de haberse aumentado los salarios creando nuevas prestaciones sociales, con posterioridad al contrato;

3º Que se condene a la Nación a pagar a Mosquera el valor de la carretera de penetración al campo;

4º Que se condene a la Nación a pagar a Mosquera el valor de los terraplenes que construyó

y que no estaban previstos expresamente en el contrato;

5º Que se condene a la Nación a pagar a Mosquera los gastos extraordinarios de la pista provisional que fue obligado a construir;

6º Que se condene a la Nación a pagar los perjuicios que causó a Mosquera por la utilización de los campamentos e implementos menores que éste dejó en el campo.

ESTUDIO DE LAS ACCIONES

Primera acción

La ilegalidad de la Resolución de caducidad la hace radicar Mosquera en que el Gobierno la decretó sin haber tenido en cuenta los efectos que sobre el contrato tuvieron las disposiciones legales dictadas con posterioridad al perfeccionamiento del mismo, estando ya en ejecución las obras, y en virtud de las cuales se subieron los salarios y se crearon nuevas prestaciones sociales a cargo de los patronos; y también en no haber tenido en consideración que el crudo invierno de 1950 asumió caracteres tan excepcionales que constituyó una verdadera fuerza mayor que imposibilitó el normal desarrollo de los trabajos y el cumplimiento de lo pactado; todo lo cual pone de manifiesto que no tuvo culpa alguna en su incumplimiento.

El interés para interponer esta acción meramente declarativa radicaría en la posibilidad ulterior que tendría Mosquera de demandar la restitución del importe de la multa que se impuso en la resolución que declaró la caducidad del contrato, sobre la base de haber sido culpable el incumplimiento.

En cuanto al primer factor invocado, asimilado en algunos fundamentos de la demanda a fuerza mayor y en otros tomado en forma autónoma, desligado de esta noción, es imposible considerarlo como causal exonerativa de la responsabilidad en que incurrió Mosquera al incumplir el contrato, no terminando la obra en el plazo estipulado, sobre lo cual se basó principalmente la resolución de caducidad, dando aplicación a una causal expresamente prevista por las partes (cláusula undécima). Dentro de nuestro ordenamiento jurídico sólo la fuerza mayor es capaz de liberar de responsabilidad a quien incumple un contrato, pero el haber sido dictadas disposiciones legales que subieron los salarios y crearon nuevas prestaciones sociales no constituyen una fuerza mayor, de acuerdo con la noción que de ésta consagra el artículo 1º de la Ley 64 de 1890, que acoge, en lo esencial, la doctrina dominante al respecto. La fuerza mayor debe estar constituída por un hecho que haga absolutamente imposible el cumplimiento de la prestación debida, y no simplemente que la haga más difícil o gravosa. Las dificultades económicas del deudor nunca han sido consideradas como imposibilidad de cumplimiento. Tan cierto es esto que para poder darle algún efecto jurídico favorable al deudor, a tales dificultades, en ciertos casos, la jurisprudencia y la doctrina han tenido que elaborar teorías especiales, como la de la imprevisión y la del hecho del príncipe, sobre las cuales se hablará más adelante. De suerte, pues, que desde el punto de vista de la legalidad o ilegalidad de la resolución de caducidad, carecen de toda influencia las disposiciones legales sobre saldo mínimo y prestaciones sociales alegadas por el actor.

Por lo demás, y como se indicará más adelante, la teoría de la imprevisión nunca exonera al contratante del cumplimiento de sus obligaciones propias. De manera, pues, que ni como fuerza mayor ni como hecho que pudiera dar lugar a la aplicación de dicha teoría, las aludidas disposiciones laborales podían incidir sobre el contrato en forma de justificar su incumplimiento por parte del actor.

Por lo que hace al crudo invierno, de 1950, que, de haber sido de caracteres especialmente excepcionales, acaso habría podido constituír una fuerza mayor, debe anotarse lo siguiente:

A folios 49 y 50 del cuaderno número 2 aparece un certificado del señor Daniel Meza Bernal, que dice ser Director de la División de Investigación del Ministerio de Agricultura, y que contiene datos sobre lluvias en la región de Pasto, según observaciones hechas por "la estación metereológica del Colegio de la Merced, Pasto, durante los años de 1949 y 1950", pero que también contiene datos del daño de 1948. Mas según tal certificado las lluvias en 1950 fueron menos intensas que en 1949, si bien mayores que en 1948. En efecto, para 1948 da un total de 1.268, mms. para 1949, 1.431, 1 mms. y para 1950, 1.378, 7.

Por otra parte, el siguiente párrafo del propio certificado le quita todo valor probatorio: "...que por informaciones del Observatorio Metereológico de dicha localidad (Pasto), se encuentra una rectificación a la letra "C". Pero se advierte que aún así existen dudas sobre todas las cantidades que hemos enumerado".

Otras alusiones a lluvias aparecen en los documentos que corren a folios 94 y 95 del cuaderno número 5, pero sólo se refieren a los años de 1952

y 1947. Además no hay constancia de cómo fueron allegados al expediente ni están suscritos por persona alguna.

Y como no hay más datos de observaciones respecto a lluvias, que para tener alguna eficacia probatoria, habrían debido contraerse a varios años con anterioridad a 1950, se hace imposible dar por establecidas las características excepcionales que el actor le atribuye al invierno de 1950.

Para mayor abundamiento se anota que tampoco está probada relación alguna entre las lluvias y los trabajos, pues si bien declarantes como Roberto Quintero (folio 42 vuelto, cuaderno número 5), Daniel Sarasty (folio 43 vuelto, cuaderno número 5) y otros, hacen alusiones al crudo invierno de 1950, en ninguno de ellos, hay referencias concretas a obras destruídas, a número de días de interrupción de los trabajos, a número de días empleados en reconstrucciones, ni a nada, en fin, que llegue a producir un convencimiento pleno de que en realidad de verdad las lluvias fueron las causantes de la imposibilidad en que estuvo Mosquera, motivadora de la caducidad, de entregar el campo terminado dentro de los 24 meses subsiguientes a la iniciación de las obras según se comprometió en el contrato.

Por todo lo dicho se impone el rechazo de esta primera acción.

Segunda acción.

Esta segunda acción la basa el demandante, como ya se indicó, sobre el hecho de haberse dictado por competentes órganos del Estado, estando ya perfeccionado el contrato e incluso en ejecución, disposiciones legales, que, por una parte, aumentaron los salarios en todo el país, con repercusiones naturales sobre las prestaciones sociales hasta entonces vigentes, y que, por otra, crearon nuevas cargas patronales. Tiende la acción a obtener que el Gobierno pague a Mosquera los mayores gastos que tuvo que sufragar como consecuencia del cumplimiento que tuvo que dar a esas disposiciones.

Para justificar sus pretensiones Mosquera ha alegado la teoría de la imprevisión.

El señor Procurador Delegado en lo Civil que intervino en este negocio rechazó decididamente toda posibilidad de hacer modificaciones a los términos del contrato, que debe ser considerado como ley intangible para las partes.

La teoría de la imprevisión, elaborada por los canonistas en la Edad Media, fue abandonada durante algún tiempo, ante el triunfo de la autonomía de la voluntad, pero ha surgido nuevamente con toda pujanza en época reciente, como consecuencia de su adopción por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

Su aplicación en Colombia ya hecha, a lo menos en principio, por la Corte, se justifica plenamente a la luz de los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887, en los que se proclama la vigencia de la equidad natural y de los principios generales de derecho como fuente actual y permanente de derecho positivo.

La síntesis de la teoría de la imprevisión la presenta Bonnard de la siguiente manera: "Cuando sucesos excepcionales y anormales, imprevisibles en el momento en que la concesión ha sido perfeccionada, y a los cuales las dos partes han sido extrañas, han venido a hacer más onerosa la situación del concesionario, hasta el punto de trastornar completamente la economía de la concesión y poner así al concesionario en una situación extracontractual:

"1º El concesionario permanece ligado a su obligación de ejecutar, y debe seguir haciendo funcionar el servicio;

"2º Pero tiene derecho a una cierta compensación por parte de la Administración, no por las ganancias fallidas, sino por las pérdidas sufridas y resultantes del trastorno de la economía de la concesión". (Roger Bonnard, "Precis de Droit Administratif, Partie Generale", 1935, Pág. 567).

Como anota el mismo autor, la teoría fue elaborada primeramente para los contratos de concesión, pero luégo se la hizo extensiva a toda suerte de contratos administrativos.

Con relación al caso de autos deben subrayarse las siguientes características de la teoría:

1ª Que ella apenas permite dar una cierta compensación al contratista que está en pérdida, y no que se le reconozcan todas las ganancias que normalmente habría podido obtener, como pretende el demandante;

2ª Que el hecho extraordinario e imprevisible que trastorna la economía del contrato debe ser extraño a las partes, y no lo fueron las disposiciones legales aducidas por el actor, obra evidentemente de su contratante el Estado.

Cabe anotar, además, que, según ha sido elaborada en Francia la teoría de la imprevisión se traduce prácticamente, desde el punto de vista de su alegación judicial, en la facultad que se le reconoce al contratista de pedir al Juez del contrato que introduzca a éste las modificaciones que las circunstancias exigen, de acuerdo con los fundamentos de la teoría, lo que por fuerza impide

alegarla cuando el contrato ya está fenecido. Con relación a nuestro país ha dicho la Corte que esta teoría "no puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera ampliársela no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual". (G. J. Tomo 44 números 1918-1919, Pág. 457. G. J. Tomo 46 número 1935, página 545). La presente demanda ha sido presentada, como es evidente, estando ya terminado el contrato en virtud de su declaración de caducidad.

De lo anterior resulta claro que no podría aplicarse al caso **sub-judice** la teoría en referencia, y, que, por cierto, ella no satisface todas las aspiraciones del demandante.

La situación planteada por éste en la demanda, puede dar lugar, en cambio, a la aplicación de la teoría del "hecho del príncipe" o "hecho de la administración".

Esta teoría, que consagra uno de los casos de excepción al principio de la irresponsabilidad del Estado en materia de legislación y reglamentación, la expone Hauriou de la siguiente manera: "Hechos del príncipe, es decir, disposiciones del poder público que vienen a romper el equilibrio de un contrato en el cual la Administración es parte, pueden comprometer la responsabilidad pecuniaria de aquél. El hecho del príncipe supone tres condiciones: 1ª Un contrato en que la Administración sea parte; 2ª Una medida de poder público (ley, reglamento, decisión ejecutiva particular) cuyo efecto sea romper el equilibrio del contrato. No es necesario que la medida emane de la misma persona administrativa que celebró el contrato; 3ª. Un elemento de imprevisión, en el sentido de que si la medida del poder público ha entrado en las previsiones de las partes, en el momento del contrato, no hay lugar a indemnización en el momento en que se realiza. Un buen ejemplo de hecho del príncipe consistente en una medida legislativa lo suministra la Ley 22 de julio de 1909 que hizo más gravosas las obligaciones de las compañías de ferrocarriles con relación a los retiros de sus empleados, lo que fue de naturaleza tal que rompió el equilibrio del contrato de concesión" (Precis de Droit Administratif et de Droit Public", 1.933, Pág. 39).

Bien claro se echa de ver que tal teoría es perfectamente aplicable en el derecho colombiano, en virtud de los ya citados artículos 5º y 3º de la Ley 153 de 1887, en relación con el 1.602 del Código Civil. Si el contrato es una ley para las partes, es evidente que una de ellas, así sea la propia Administración, no pueda arbitariamente introducirle modificaciones. Además, el interés general pide que los trabajos vinculados al servicio público no sufran paralización; y, de otra parte, al contratista, que generalmente hace una fuerte inversión inicial en equipos, transportes etc., conviene continuar en el contrato.

La situación planteada por el demandante en esta segunda acción es sin duda alguna, como ya se dijo, de las que pueden dar base a la aplicación de la teoría del "hecho del príncipe". Naturalmente se necesitaría que todas las condiciones de hecho alegadas estuvieran plenamente establecidas en el proceso. Como pasa a demostrarse, sí lo están.

Está probada la celebración entre Mosquera y el Gobierno Nacional del contrato para la construcción del aeródromo de la ciudad de Pasto, en el sitio denominado "Cano". Según el Diario Oficial número 27.021, de 20 de mayo de 1949, el contrato fue firmado por Mosquera y el señor Ministro de Guerra el 13 de noviembre de 1948; lo aprobó el Consejo de Ministros el 16 de diciembre del mismo año; y el 17 del citado mes recibió la aprobación presidencial. Según información del Consejo de Estado que aparece a folio 188, esta Corporación lo aprobó el 18 del mismo mes y año (véase también fotoscopia del auto a folio 130 c. Nº 1). En este contrato se pactaron precios fijos para cada una de las obras que debía realizar Mosquera.

Los trabajos comenzaron oficialmente el 8 de junio de 1949, según resolución del Ministerio de Guerra número 1.359 de 1949 (ver considerando 5º de la Resolución 1.821 de 1951 a folio 24, cuaderno número 1).

La Resolución de caducidad prueba que Mosquera estuvo trabajando en desarrollo del contrato durante casi dos años (folios 24, 25 y 26, C. Nº 1), y además hay muchas declaraciones de testigos sobre el particular.

El 1º de enero de 1950, y por propia disposición del mismo, entró a regir el Decreto 3.871 de 1949, según el cual debían aumentarse en el país los salarios inferiores a $ 10.00 diarios en las proporciones allí indicadas, y no podría pagarse en ningún caso una suma inferior a $ 2.00 por día, en que quedó fijado el salario mínimo. Además en su artículo 4º sustituyó la participación de utilidades a que se refería el Decreto 2.474 de 1948, por una prima consistente en una quincena de jornales por cada semestre trabajado.

Este Decreto es la única disposición legal citada de manera expresa por Mosquera, pero igualmente alegó que con posterioridad al contrato "también se decretó el suministro a cada uno de los obreros de zapatos y overoles cada seis meses". La disposición legal que tal ordenó fue la Ley 136 de 1948, que entró en vigencia el 23 de diciembre del mismo año.

Por lo que hace a la prima semestral a que alude el artículo 4º del Decreto 3.871 de 1949 no puede reconocérsele incidencia alguna sobre el contrato, porque no hizo sino sustituír la prima que había creado el Decreto 2.474 de 1948, que debía entrar a regir a partir de la misma fecha del 3.871 (1º de enero de 1949); y como el Decreto 2.474 había sido expedido el 19 de julio de 1948, con mucha anterioridad, pues, a la firma del contrato, respecto a él y a su sustituto no puede predicarse el elemento de imprevisión, inherente a la teoría del "hecho del príncipe", como ya se dijo. Además no se ha establecido que la sustitución de una prima por otra hubiera resultado más gravosa a los patronos.

En cuanto a la Ley 136 de 1948, tampoco puede alegar Mosquera imprevisión, como quiera que debió haberse comenzado a discutir en el congreso antes del perfeccionamiento del contrato, el cual, firmado el 13 de noviembre de 1948, no fue aprobado por el Consejo de Estado sino el 18 de diciembre. Dada la usual larga elaboración de las leyes, es de presumir que incluso antes del 13 de noviembre ya habían comenzado las discusiones del proyecto.

Sólo, pues, lo ordenado por el Decreto 3.871 de 1949 respecto a aumentos de sueldos puede tenerse en cuenta como determinante de una agravación de la situación contractual de Mosquera. Tal ordenamiento sí fue del todo imprevisible cuando se celebró el contrato, tanto más cuanto que era la primera vez que se señalaba un salario mínimo en el país. Por otra parte es indudable que tenía virtualidad suficiente para producir un desequilibrio en la economía del contrato, como que además de ordenar un alza en los salarios, producía una elevación automática de todas las prestaciones sociales que se calculan sobre la base del sueldo.

Pero queda por verificar si, no obstante esa virtualidad anotada, de hecho produjo el decreto el desequilibrio contractual que alega el demandante. Y tal desequilibrio sólo pudo ocurrir si efectivamente Mosquera dio estricto cumplimiento al Decreto con todas sus repercusiones naturales, y si, por otra parte antes de su entrada en vigencia estaba pagando salarios inferiores a los que debían resultar de su aplicación

Ya se dijo que el Decreto ordenó un aumento de todos los salarios inferiores a $ 10.00 diarios, y en el expediente hay declaraciones según las cuales antes de la vigencia del Decreto 3.871 de 1949, Mosquera pagaba salarios de $ 1.20 y de a $ 1.50. Tales declaraciones corresponden a Ignacio Sañudo M. y a José Antonio Ruiz, quienes desempeñaron cargos administrativos en la empresa de Mosquera, (v. fs. 60 a 61 v. del cuaderno número 5).

Esos mismos declarantes deponen también sobre la circunstancia de haber pagado Mosquera el salario mínimo de $ 2.00 diarios, una vez que se estableció.

Corroboran los aludidos dichos las afirmaciones de diversos deponentes, respecto a la justicia de los repetidos reclamos que, sobre reajuste de precios, había formulado Mosquera al Gobierno en diversas ocasiones con base principal en los efectos del Decreto 3.871 de 1949. En esas declaraciones se alude claramente al aumento de los gastos que tuvo que hacer Mosquera como consecuencia del citado decreto. De esta clase de declaraciones son las de Roberto Quintero, quien fue Jefe del Departamento de Administración de la Aeronáutica Civil (folio 42, cuaderno número 5) y la de Daniel Sarasty, interventor de las obras del aeródromo (folio 43 id.).

Por otra parte, la propia índole del Decreto 3.871 de 1949, constituye un indicio no despreciable con relación a sus efectos encarecedores de la mano de obra. Pues es muy difícil en la práctica que decretos de esta naturaleza sean burlados por los patronos, en especial si se trata de contratistas de obras públicas, sobre quienes el Gobierno tiene una más estrecha vigilancia.

Pero si, por todo lo dicho, puede aceptarse que a Mosquera afectó el Decreto 3.871, porque subió los salarios de sus trabajadores en la forma en él indicada, no aparece establecida la cuantía precisa del aumento total de los gastos por ese motivo.

El dictamen de los peritos Días Granados y Guerra que figura a folios 84 y ss. del cuaderno Nº. 5, carece de valor al respecto, pues le falta una debida fundamentación.

En efecto: parten ellos de una base arbitraria en cuanto al número de obreros que Mosquera empleó en los trabajos. Afirman que fueron 150, "aproximadamente", y esto lo dicen porque "es la cifra mínima de obreros con que puede acome-

terse la ejecución de trabajos de la magnitud del contratado por la Nación con el demandante, según informaciones directas obtenidas por los peritos en el Ministerio de Obras Públicas y en la misma Dirección de aeronáutica Civil, fuera de que, por otra parte ,este número de operarios es el que aproximadamente aparece acreditado según las planillas allegadas al expediente y las declaraciones de José Antonio Ruiz e Ignacio Sañudo...".

Se trataba de precisar el importe de las erogaciones que hizo el contratista como consecuencia de los aumentos ordenados por el Decreto 3.871, así que no podía partirse de una base aproximada, sino de datos concretos y exactos. La única base admisible habría sido la del número preciso de trabajadores que empleó Mosquera, no ya en una quincena o varias, sino durante todo el tiempo en que debió cumplir el aludido decreto. Por las mismas razones no pueden aceptarse meras suposiciones sobre el número de obreros necesarios para realizar labores como las que emprendió el demandante, máxime cuando la circunstancia de que no terminó la obra le quitan todo fundamento a ese cálculo. Ni podían tampoco los peritos averiguar privadamente sobre el número de obreros, puesto que debían atenerse a los datos del expediente. Por cierto que no aseguran tampoco que en el Ministerio les hubieran suministrado una información exacta.

En cuanto a las declaraciones de Sañudo y Ruiz, nada en realidad afirman éstos sobre número de operarios, sino, como ya se anotó, sobre los salarios que, en general, pagaba Mosquera.

Más arbitraria todavía es la otra base que sientan los peritos cuando afirman que "el contratista habría requerido para la ejecución de las obras 100 obreros con un jornal de $ 1.20, y 50 con un jornal de $ 1.50", pues en nada fundamentan esta discriminación. En cuanto a las planillas a que ellos aluden y que parecen son las que corren a folios 178 a 200 del cuaderno número 5, carecen de todo valor probatorio puesto que están desprovistas de toda refrendación oficial. Son pruebas hechas por el propio interesado, y como es obvio, inadmisibles. Además se refieren a una sola quincena, y del mes de enero de 1950, cuando ya había entrado en vigencia el decreto de aumentos, de manera que mal podrían servir para establecer cuáles eran los salarios que Mosquera pagaba con anterioridad, base del cálculo sobre lo que le representó el ulterior aumento.

Siendo arbitrarias las bases de la peritación ningún valor pueden tener sus conclusiones. Todo peritaje debe estar "debidamente fundamentado", como expresamente exige el artículo 721 del C. J. Huelga, por tanto, cualquier otra consideración sobre el aludido dictamen.

No está, pues, probada la cuantía de las erogaciones que tuvo que hacer Mosquera como efecto directo del aumento ordenado por su contraparte, el Estado, mediante el Decreto 3.871 de 1949, pero sí está comprobado que, en términos generales, le dio cumplimiento. Por consiguiente tan sólo podrá hacerse una condena en abstracto, para que mediante el procedimiento del artículo 553 del C. J., se fije el importe preciso de los perjuicios que para Mosquera representaron esas erogaciones adicionales.

Tercera acción.

La base de esta tercera acción se encuentra en el hecho 10º del libelo, transcrito en lo esencial en la letra g) de esta providencia, y en la referencia que hace Mosquera en el "petitum" al pago de las obras no contempladas en el contrato.

Para desechar esta acción, cuyo hecho generador, como aparece claro, tiene su apoyo en el contrato de construcción del aeródromo, de donde surge la competencia de la Sala respecto a ella, bastará considerar que no es cierto que Mosquera hubiera construído un camino carreteable de penetración al campo, como pretende. Según los dichos de José A. Miranda, Gilberto Pabón y José A. Ruiz (folios 56, 56 vuelto y 58, respectivamente, del cuaderno número 5), quienes, por cierto, declararon a petición del actor el carreteable existía antes de la iniciación de los trabajos, si bien Mosquera le hizo ensanches y reparaciones para llevar el equipo y mantenerse en comunicación con la ciudad. Ahora bien: esas condiciones del camino las debió de tener en cuenta el demandante cuando celebró el contrato, y si nada pactó en este respecto a ellas fue sin duda porque asumió el riesgo de las obras de ensanche y mantenimiento que debiera ejecutar. Por lo demás, si el camino lo aprovechó el Gobierno, y en general, bien puede agregarse, toda la ciudadanía que ulteriormente se sirvió del aeródromo, no es menos cierto que el principal beneficiario de la obra fue el mismo contratista.

No hay, pues, razón alguna para reconocer a Mosquera el valor de una obra que él no construyó; ni tampoco el de las reparaciones, cuya realización tuvo que preveer cuando celebró el contrato.

Cuarta acción.

Pretende el demandante que se le pague el valor de los terraplenes que dice construyó y que no estaban previstos en el contrato. Alega que ni en la cláusula segunda, en que aparecen detalladas las obras que debía realizar, ni en ninguna otra, se expresó que el contratista debía construír terraplenes.

La expresada cláusula segunda es del siguiente tenor:

"Segunda. Las especificaciones y precios de las obras que el contratista se compromete a ejecutar para la Nación son las siguientes:

"Limpieza de la zona. Limpieza de una faja de terreno de dos mil quinientos (2.500) metros de largo por trescientos metros de ancho, por la suma de .....$ 2.000.00

Explanación. Movimiento de ochocientos catorce mil doscientos trece (814.213) metros cúbicos de conglomerado rocoso (concagua), a razón de noventa centavos ($ 0.90) cada uno, valor total 732.791.70

El material removido deberá transportarse por el Contratista a los sitios en que de acuerdo con los planos sea necesario construír terraplanes. La explanación propiamente dicha la iniciará el Contratista a más tardar treinta días después de que el contrato quede legalmente aprobado.

Afirmado de la pista. Para el afirmado se usará un macadam de 20 centímetros de espesor. Los lugares afirmados son los siguientes: La pista propiamente dicha, sus cabeceras, plataformas para parqueo de aviones y automóviles y las pistas de carreteo, todo con una extensión total de ciento trece mil setecientos (113.700) metros cuadrados a razón de un peso sesenta centavos ($ 1.60) cada uno, valor total 181.920.00

El afirmado se iniciará tan pronto como el Gobierno, por conducto de la Dirección General de Aeronáutica Civil, haya recibido a satisfacción la sub-base, y se terminará cuatro meses después.

Drenajes. Construcción de bateas a lo largo de la zona, en un todo de acuerdo con los planos y especificaciones de la Aeronáutica Civil cuatro mil doscientos (4.200) metros lineales, a razón de cincuenta y cinco centavos ($ 0.55), cada uno, total..... 2.310.00

Sardineles, cunetas en la plataforma, consumideros, quinientos (500) metros lineales, a cuarenta centavos ($ 0.40) cada uno, total..... 2.000.00

Tubería de drenaje de concreto y diez pulgadas de diámetro, mil cuatrocientos metros lineales, a nueve pesos con treinta centavos ($ 9.30) cada uno, total 13.020.00

Tubería 'Armco', calibre diez y ocho, para drenajes de ocho pulgadas de diámetro, dos mil trescientos diez metros lineales, a once pesos con veinticinco centavos ($ 11.25), total. 25.987.50

Construcción de treinta y cuatro (34) cámaras de inspección, a sesenta pesos ($ 60.00) cada uno, total..... 2.040.00

Todas las obras anteriores se construirán de acuerdo con los planos y especificaciones aprobados por la Aeronáutica Civil".

Como puede apreciarse Mosquera debía, ante todo, limpiar el terreno; luego, proceder a la explanación o nivelación, lo que implicaba que debía rebajar alturas y rellenar depresiones; nivelado el terreno en esa forma, ejecutaría la operación final del afirmado, con lo cual la pista quedaba terminada. Naturalmente se harían los drenajes, sardineles y cunetas en donde fuere necesario.

La palabra terraplenes sólo se menciona para decir que el material de relleno debería ser transportado a los sitios en que fuere necesario construírlos, por cuenta del contratista. Pero si éste debía explanar el terreno, o sea nivelarlo, mediante un movimiento de tierra que implicaba necesariamente rebajar crestas y rellenar depresiones, y si además esa labor de nivelación o explanación debía ser previa a la ulterior y final operación del afirmado, resulta claro que el relleno técnico o compactado de las depresiones en que consiste un terraplén, fue una obligación implícitamente contraída por Mosquera. Sería absurdo que, habiéndose pactado expresamente el movimiento de tierra inherente a la explanación o nivelación, y luégo el afirmado final, se hubiera entendido que no debía Mosquera construír terraplenes, o sea, que tan sólo debía arrojar la tierra en las depresiones que debían ser rellenadas, pero de cualquiera manera, sin una compac-

tación que ofreciera una eficiente base al ulterior afirmado. Los contratos, dice el artículo 1.603 del Código Civil, deben ejecutarse de buena fé, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación. Tratándose de un contrato para la construcción de un aeródromo, y habiéndose expresamente hablado en él de movimiento de tierra, de explanación o nivelación y de afirmado final, no se ve cómo podría aceptarse, sin faltar a la buena fe, que no pesaba sobre el contratista la obligación de rellenar con técnica las depresiones que debieran ser cubiertas para los efectos de la explanación o nivelación.

Si la facción de terraplenes, como acaba de verse, resulta inseparable de la construcción de la pista como totalidad, y no se fijó precio especial a esta labor, que está íntimamente vinculada a la del movimiento de tierra necesario para la explanación, es lo más natural suponer que el precio de la compactación quedó incluído en el del movimiento de tierra. Esto resulta corroborado por la circunstancia de que expresamente se advirtió que el acarreo de tierra a las depresiones que debían ser rellenadas, no causaría erogación adicional al Gobierno. Se partía, pues, de la base de que el concepto de movimiento de tierra englobada a la labor de extraerla de las crestas e introducirla en las depresiones, compactándola técnicamente. De haberse tomado la labor de compactación como distinta de la de rellenar, sin duda se habría señalado un precio especial respecto a ella. No se concibe que, habiendo el contratista fijado precios a cada una de las operaciones que debía realizar, e indicándose como se dijo, que debía limpiar, nivelar o explanar y hacer el afirmado final, no se hubiera señalado un precio distinto para la supuesta obra especial de la compactación.

En suma, entiende la Sala que la obligación de Mosquera respecto a los terraplenes no quedaba reducida a rellenar de cualquier manera las depresiones, sino a hacer un relleno compactado, en forma tal que sirviera de base al afirmado final; asimismo que al fijarse un precio por el movimiento de tierra inherente a la labor de explanación, quedó comprendido el precio de la compactación. No está demás anotar que así interpretó el contrato uno de los peritos que intervino en este proceso. (Folio 140 C. Nº 5).

Por otra parte, y conviene destacarlo, no está debidamente comprobado que Mosquera en realidad de verdad hubiera hecho rellenos debidamente compactados. Cierto que el ex-interventor Sarasty aceptó, bajo la gravedad de juramento, haber pasado a la Aeronáutica Civil el telegrama cuya copia corre a folio 46 del cuaderno número 5, la cual reposaba en poder del contratista, y que en este telegrama afirma que Mosquera había construído una determinada cantidad de terraplenes consolidados. Pero a ese dicho del ex-interventor a lo sumo podría dársele, de conformidad con el artículo 696 del Código Judicial, el valor de un indicio grave, pero no necesario, sobre la exactitud del contenido del documento. La prueba por excelencia sobre obras ejecutadas por el contratista es el acta en que consta de manera clara y precisa la cantidad de obra que entrega y que el Gobierno recibe a satisfacción. En el telegrama en referencia se habla de un acta, por lo cual resulta extraño que ella no haya sido traída a los autos, y no parece acertado que se la pueda sustituír por el telegrama en referencia. Máxime cuando tal telegrama aparece en forma muy aislada. No se conoce la comunicación que lo motivó, ni, lo que es mucho más importante, las consecuencias prácticas que tuvo. Fue aceptado en su contenido por los superiores del interventor? Nada se sabe al respecto.

Quinta acción.

Alega Mosquera que "fue acuciado" por el Gobierno para que construyera una pista provisional, y en consecuencia pide que se le reconozcan los gastos adicionales que ello le ocasionó.

El interventor Sarasty (folio 44, cuaderno Nº 5) afirma que "para que el Gobierno pudiera inaugurar la pista del aeropuerto de Cano en la fecha fijada que era el 20 de julio de 1950, obligué con aquiescencia de la aeronáutica a que el contratista trabajara por la noche hasta las once y una de la madrugada, y esto duró poco más o menos un mes". Corroboran este aserto los dichos de Roberto Quintero (folio 42 v. C. Nº 5), de José A. Miranda (folio 56 C. Nº 5) y Gilberto Pabón (folio 56 vuelto).

Comprobado, pues, que Mosquera constreñido por la Administración, trabajó durante varios días a horas extras para dar al servicio en determinada fecha una pista provisional, es de toda justicia que se le reconozcan los mayores gastos que al efecto tuvo que realizar.

A folio 99 del cuaderno número 5, aparece un ejemplar de la cuenta que Mosquera pasó al Interventor por este motivo, que arroja un total de $ 4.085.00, y está refrendada por el interventor.

No puede, sin embargo, tenerse como prueba, pues hace parte de los documentos que no fueron allegados legalmente al expediente, sino presentados por uno de los peritos.

Se impone, en consecuencia, hacer una condena en abstracto respecto a esta acción. Es entendido que sólo podrán ser tenidos en cuenta los gastos adicionales que tuvo que hacer el contratista para dar al servicio la pista provisional y que no le reportaron un ulterior provecho en los trabajos.

Sexta acción.

En esta sexta acción se refiere Mosquera a los implementos menores y a los campamentos que quedaron en el aeródromo cuando el Gobierno declaró la caducidad del contrato, y éste, según su afirmación, utilizó abusivamente. Pero ninguna prueba hay en los autos de este pretendido uso abusivo del Gobierno. El apoderado del demandante formuló un cuestionario sobre el particular que debía ser absuelto por José A. Ruiz e Ignacio Sañudo, pero nada dicen éstos en sus declaraciones respecto a que el Gobierno hubiera hecho uso de los campamentos y herramientas menores que Mosquera dejó en el campo. Se rechaza, pues.

* * *

LA OTRA DEMANDA

En la demanda presentada el 16 de julio de 1954 el apoderado de Mosquera pidió "que previo el trámite legal correspondiente se condene a la Nación a pagarle al señor Fernando Mosquera B. por los perjuicios derivados por la violación del contrato de prenda celebrado por ella con él, por el uso de los implementos de esa prenda antes de haber dispuesto de ella y por el uso de los otros implementos, la suma de quinientos mil pesos y en su defecto la suma que acuerden peritos designados".

Como base de tales peticiones afirmó que el Gobierno, una vez decretada la caducidad del contrato del aeródromo de Cano de que se ha hablado, utilizó en su propio servicio, y luego vendió sin su autorización, la maquinaria de su propiedad que había pignorado a favor del Gobierno, según contrato que al efecto celebraron con posterioridad al de la construcción del aeródromo. Con esa prenda Mosquera debía responder "por la ejecución del contrato de la construcción del aeródromo de acuerdo con los términos del contrato celebrado con anterioridad y por culaquier suma que reciba del Gobierno Nacional por concepto de trabajos realizados en la construcción del mismo". De acuerdo con uno de los apartes del preámbulo del contrato, la prenda respondería también de los anticipos que recibiera Mosquera.

Afirmó también el actor que el Gobierno utilizó abusivamente los campamentos y los implementos menores de su propiedad que quedaron en el campo cuando se decretó la caducidad del contrato de construcción del aeródromo.

En síntesis, fueron dos las acciones incoadas en esta demanda: una que tiene por objeto los perjuicios que recibió Mosquera por la apropiación por parte del Gobierno de la maquinaria que le había pignorado, y otra ,basada en la utilización que hizo el Gobierno de los campamentos e implementos menores. Sobre esta última, que también fue interpuesta en la otra demanda, ya se pronunció la Sala, por lo que, en todo lo que sigue, se referirá exclusivamente a la primera.

Al contestar la demanda el señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil alegó incompetencia de la Sala para conocer de la acción, considerando que no se trata de una controversia de origen contractual, sino que ella está basada en un acto administrativo: la apropiación por parte del Gobierno de la maquinaria que le había pignorado Mosquera. Que, por consiguiente, no se estaba en presencia de la hipótesis contemplada por el artículo 40 del C. J.

Tal como aparece configurada en el libelo, la base de esta acción no es un acto administrativo independiente de toda relación contractual entre Mosquera y la Nación, sino precisamente un acto de ésta que violó el contrato de prenda celebrado entre ambos y que accedía al principal sobre construcción del aeródromo. Si se considera que el contrato de prenda prohibe al acreedor disponer por sí y ante sí de la cosa pignorada, salta a la vista que lo alegado por el demandante es una violación contractual por parte del Estado. De manera que sí es competente la Sala para conocer de esta acción, de conformidad con el artículo 40 del C. J., en armonía con el 2º de la Ley 67 de 1943.

También alegó el señor Procurador Delegado la caducidad de la acción. Son estas sus palabras:

"Si bien es cierto que el artículo 3º de la Ley 57 de 1909 consagra el derecho de intentar las acciones civiles contra las resoluciones ministeriales originadas en contratos, y que esa norma

está vigente, en lo pertinente fue modificada por las disposiciones del nuevo Código Contencioso Administrativo. Y ya se explicó que el artículo 83 otorga cuatro meses para formular la demanda de nulidad ante el Consejo de Estado. Transcurridos estos plazos, sin que se hubiera interpuesto recurso, la providencia quedará ejecutoriada (inciso segundo, artículo 78 C. C. A.)".

Para contestar a lo anterior basta considerar que en esta acción Mosquera no ha tenido en mira los perjuicios que le hubiera causado la resolución de caducidad, sino los que le produjo la violación del contrato de prenda, consumada con la apropiación de la maquinaria pignorada.

Avanzando más al fondo del negocio, alegó el señor Procurador Delegado en la misma contestación de la demanda, que la declaración de la caducidad del contrato de construcción, al que accede el de prenda, daba derecho al Gobierno para apropiarse de la maquinaria del contratista. Citó en su apoyo las siguientes palabras de un autor colombiano: "Conforme a los principios del derecho, la caducidad una vez declarada, da al Gobierno el derecho de secuestrar los elementos del contrato o de la concesión para que el servicio o la obra pública no se paralicen con perjuicio del interés colectivo" (Código Administrativo. Pareja. 2ª Edición, Pág. 293).

Ante todo debe observarse que una cosa es secuestrar un equipo y otra apropiárselo. Lo primero sería una medida temporal, que no entraña transferencia de un patrimonio a otro; lo segundo sí, y es lo que se le ha imputado al Gobierno. De manera que la cita acabada de transcribir es evidentemente inconducente.

En el derecho administrativo francés, por cierto que predominantemente jurisprudencial, se permite al Gobierno tomar la medida del secuestro respecto a concesiones de servicios públicos, y la de la "ejecución directa", con relación a contratos de obras públicas. En virtud de esta última "la administración, en caso de falta a ciertas obligaciones del contrato, puede sustituirse al empresario para asegurar la ejecución de las obras por cuenta y riesgo de este último. La ejecución directa se asemeja al secuestro de la concesión de servicio público". (Gastón Jeze, "Principios Generales del Derecho Administrativo", 1950, tomo VI, página 136). Esta ejecución directa es siempre una medida provisional, y "debe, en principio, precederse de un requerimiento dirigido al empresario".

En el derecho colombiano no hay disposición legal alguna que permita, sin estipulación expresa, el secuestro de las concesiones o la "ejecución directa" de las obras públicas, a que se acaba de hacer alusión. Mucho menos la incautación de los equipos de un contratista de obras.

Conviene anotar que cuando la jurisprudencia francesa permite a la Administración tomar las instalaciones de una concesión de servicios públicos, sólo tolera esta medida en cuanto tienda a asegurar la continuidad del servicio, y dentro de los precisos límites de esta finalidad. "La caducidad no es una **pena**, —dice Jeze— es un procedimiento jurídico para asegurar la continuidad del servicio público, en lo posible sin pérdida pecuniaria para el concedente. Si, por suerte, puede lograrse la exclusión del concesionario y la prosecución de la explotación del servicio en condiciones normales, y queda un resto de activo, éste debe, **salvo cláusula en contrario,** restituirse al concesionario castigado con la caducidad. Los intereses del servicio público tienen prioridad; una vez garantizados dichos intereses, debe protegerse el interés del concesionario". (Ob. cit., Pág. 95).

Por todo lo dicho se impone rechazar la tesis según la cual el Gobierno puede apropiarse del equipo de un contratista de obras como consecuencia de la caducidad del contrato.

Mucho menos podía hacerlo en el caso de Mosquera, ya que el hecho mismo de la celebración del contrato de prenda se oponía a esa medida gubernamental, puesto que el artículo 2.419 del C. C. lo obligaba a conservar y guardar la maquinaria pignorada como un buen padre de familia.

Es indudable, pues, que el Gobierno, al apropiarse del equipo de Mosquera, como aparece comprobado, incurrió en evidente culpa, y debe por tanto indemnizar los consiguientes perjuicios, como reconoció quien, como Procurador Segundo Delegado en lo Civil, presentó el alegato de fondo en este proceso, a nombre de la Nación.

Podría argüirse en contra de lo anterior lo siguiente:

Si es cierto que el Gobierno incurrió en culpa al apropiarse y vender la maquinaria de Mosquera, no lo es menos que ese solo hecho no es revelador de la producción de perjuicios. Pues la maquinaria había sido pignorada para que respondiera de los dineros que pudiera recibir Mosquera, y, en general, para responder de todas sus obligaciones contractuales. Garantizaba, pues, obligaciones eventuales, y bien podía suceder que resultaran tales, que la maquinaria pignorada quedara totalmente comprometida en su satisfacción, desde luego, con la debida intervención judicial, y que entonces, el hecho abusivo de la

Administración no hubiera causado perjuicio alguno, o, al menos, en la misma intensidad alegada por el actor.

A esto se contesta que de conformidad con la doctrina del inciso tercero del artículo 2.421 del Código Civil, al apropiarse y vender la maquinaria, el Gobierno cometió evidente abuso sobre el equipo pignorado, y por consiguiente perdió su derecho de prenda.

Por lo demás, a las mismas conclusiones se habría llegado en caso de que no hubiera mediado un contrato de prenda pues, como ya se dijo, nada autorizaba al Gobierno para apropiarse del equipo de un contratista de obras públicas. Sólo que se estaría en presencia entonces de un caso de responsabilidad extracontractual del Estado, pero, como a fin de cuentas, los perjuicios reclamados tendrían indudablemente su causa en el contrato de construcción del aeródromo, no dejaría la Sala de tener competencia sobre el caso, toda vez que el artículo 40 del C. J. no habla de controversia sobre responsabilidad contractual, sino de controversias que tengan origen en contratos, lo que evidentemente es más comprensivo.

Sobre el monto de los perjuicios se practicaron dos avalúos. Sólo podrá hacerse mérito del segundo, realizado por los doctores García y Bazzani, y ordenado precisamente en vista de las graves discrepancias a que llegaron en sus conclusiones los tres peritos que primeramente intervinieron.

Tal como se les había solicitado, los peritos señalaron a las máquinas de Mosquera que el Gobierno vendió, el valor que habrían tenido nuevas en la época del dictamen, finales de 1955, por cierto que tomando como base los precios de máquinas semejantes, no exactamente iguales, a las que eran objeto de sus apreciaciones. Pero tal conclusión de los peritos no puede ser aceptada.

De conformidad con el artículo 1.731 del Código Civil, esgrimido por el demandante en cierto memorial, en caso de que el cuerpo cierto que se debe perece por culpa del deudor, la obligación de éste subsiste, pero varía su objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor. Evidentemente este artículo es aplicable al caso de estudio, puesto que con la enajenación de la maquinaria, ella pereció desde el punto de vista práctico, y ya se dijo que fue culpable esa enajenación.

Ahora bien: el precio o valor de la maquinaria que debe pagar el Gobierno, no puede ser, como es lógico, sino el que ella tenía cuando ocurrió la apropiación. No habiendo podido ser examinada por los peritos, sin duda por efectos de la enajenación, éstos han podido calcular el precio en tal momento, partiendo del que el propio contratista le asignó en el contrato de pignoración. A éste le han debido deducir el valor de la depreciación que hubiera sufrido por uso, hasta cuando cesaron los trabajos, y luego por simple transcurso del tiempo, si fuere el caso hasta el momento de la apropiación. Y aun habrían podido computar alguna suma por el aumento de valor que en el ínterin hubieran experimentado las máquinas, por causas reales y ciertas. Pero como esto no aparece comprobado en autos, pues apenas hay datos sobre el valor de maquinarias nuevas en 1955, careciéndose de otro término concierto de comparación al respecto, no era lícito computar aumentos, sino tan sólo depreciación.

Se ve, pues, que el valor que a la maquinaria asignaron los peritos es inadmisible, por tener bases del todo erradas, que es lo opuesto a la debida fundamentación que exige el artículo 721 del C. J., para que el juzgador pueda aceptar las conclusiones uniformes de dos peritos avaluadores.

En cuanto a la indemnización distinta del precio, a que alude el ya citado artículo 1.731 del Código Civil, y que evidentemente está constituída por el lucro cesante, tampoco es aceptable el dictamen de los peritos. Los perjuicios, para ser indemnizables, deben ser ciertos, según unánimemente pregona la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera. Pero no lo son, sino simplemente hipotéticos los que avaluaron los peritos. Estos señalaron un tanto por ciento sobre el valor de la maquinaria, como canon de arrendamiento de ella, y sobre esta base calcularon lo que le habría producido dicho arriendo a Mosquera durante todo el tiempo en que el equipo habría podido estar en condiciones de prestar servicio, según cálculos de depreciación que al respecto hicieron. Pero esto es evidentemente arbitrario, puramente conjetural, pues no hay ningún elemento probatorio que permita asegurar que Mosquera habría tenido permanentemente arrendada sus máquinas. O siquiera en forma temporal. Además, fue también arbitrario el señalamieno del canon de arrendamiento en un porcientaje sobre el valor del equipo, sin tener como base ningún dato cierto para ello, y desconociendo que los precios no pueden ser iguales en todas las regiones del país, puesto que el principal factor que entra en juego a este respecto es la ley de la oferta y la demanda. También carece, pues, de debida fundamentación el avalúo del lucro cesante.

En consecuencia, tanto respecto al precio de la

maquinaria, daño emergente, como al lucro cesante, habrá de hacerse condenación en abstracto.

El precio de la maquinaria deberá calcularse con base en el que se le dio en el contrato de prenda, deduciendo depreciación hasta el día en que el Gobierno se la apropió; pero como es obvio, sin que en ningún caso el precio pueda resultar inferior al que aparece señalado en el avalúo realizado el 7 de mayo de 1952, (folio 5, C. Nº 1), cuando el Gobierno la vendió a la sociedad "Explanaciones Mecánicas S. A.".

Como no hay bases ciertas que señalar para la determinación del lucro cesante, quedará representado por el interés legal de la suma en que resulte fijado el precio de la maquinaria. "Ante la imposibilidad física de fijar las bases para que el monto del lucro cesante se determine mediante el procedimiento establecido por el artículo 553 del Código Judicial, la Corte ha decidido que ese lucro cesante está representado por los intereses de la cantidad que se fijó como monto del daño emergente" (G. J. Tomo LV, Nº 1.993, Pág. 598).

Estos intereses se computarán a partir del día de la apropiación de la maquinaria por parte del Gobierno, que fue cuando surgió para Mosquera el derecho a reclamarla, en virtud del artículo 2.421 del Código Civil. De no haber abusado de ella el Gobierno, el derecho de Mosquera a recuperar las máquinas pignoradas no habría nacido sino una vez que, hecha la liquidación del contrato (aún no realizada), hubiera resultado que nada quedó debiendo al Gobierno, o, en caso contrario, cuando demostrara haber cancelado el saldo que apareciera en su contra. Pues la maquinaria había sido pignorada precisamente, como ya se dijo, para responder de las eventuales obligaciones que del contrato pudieran resultar a su cargo y a favor del Gobierno.

Como fecha en la que ocurrió la apropiación de la maquinaria por parte de la Nación se fija el 28 de mayo de 1952, en que el Gobierno firmó contrato con la sociedad "Explanaciones Mecánicas S. A.", para la construcción de la obra del aeródromo de "Cano", y en cuya cláusula novena dio opción a los contratistas para comprar la maquinaria que estaba en el campo; maquinaria que, según la diligencia de avalúo que se llevó a cabo el ya mencioando 7 de mayo de 1952, con miras a esa venta, resultó ser en gran parte la misma que había pignorado Mosquera al Gobierno. En gran parte, se ha dicho; porque no todos los elementos que en dicha diligencia se apreciaron habían sido objeto del contrato de prenda. En tal diligencia figuran máquinas que no habían sido objeto de la pignoración, así como faltan algunas que aparecen en el contrato de prenda y de cuya suerte final nada se sabe. De consiguiente, al procederse a la ejecución de la sentencia solamente podrán tenerse en cuenta las máquinas que figuran tanto en el contrato de prenda como en la dilgencia de avalúo de que se viene hablando.

En cuanto a la afirmación del demandante, de que el Gobierno antes de vender la maquinaria, la utilizó, abusivamente, ninguna prueba existe en el expediente al respecto. En realidad, la venta de la maquinaria a la sociedad "Explanaciones Mecánicas" es lo que acredita su apropiación por el Gobierno, y ella se infiere tanto de la opción y de la diligencia de avalúo de que ha poco se habló, como del "Balance General de la cuenta del contratista" (folio 28, cuaderno número 1), que presentó con la contestación de la demanda el señor Procurador Delegado, y en el cual, bajo la firma del Ingeniero Control de Aeropuerto de Aeronáutica Civil, se afirma que "al saldo en contra del contratista se le resta el valor del equipo **dado en prenda al Gobierno y vendido por éste,** de tal manera que el saldo líquido en contra del contratista es de $ 144.157.40" ha subrayado la Sala). Se agrega en dicho documento que "el valor del equipo, según el avalúo respectivo, es de $ 167.200.00", suma que coincide con la que arroja la diligencia de avalúo de 7 de mayo de 1952, llevada a cabo, como ya se dijo, entre representantes del Gobierno y de la Compañía Explanaciones Mecánicas S. A., a la cual aquél había dado opción para comprar la maquinaria que estaba en el campo.

* * *

Las cantidades líquidas que resulten a cargo de la Nación, según las distintas condenaciones que se han hecho a favor de Mosquera en esta providencia, deberán ser tenidas en cuenta por el Gobierno al proceder a la liquidación definitiva del contrato de construcción del aeródromo; operación que aún no se ha hecho, según aparece de autos, pero que debe llevarse a cabo, como es de rigor en contratos de esa clase en obedecimiento además a lo ordenado en la resolución de caducidad, la que sobre el particular, no hizo sino dar cumplimiento estricto a lo pactado expresamente en el párrafo de la cláusula undécima, según el cual, declarada la caducidad debían liquidarse "las mutuas prestaciones que queden pendientes".

* * *

FALLO

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º Condénase a la Nación a pagar al demandante los perjuicios que sufrió como consecuencia del cumplimiento que tuvo que dar al Decreto 3.871 de 1949, de conformidad con lo dicho en la motivación correspondiente a esta parte del fallo;

2º Condénase a la Nación a pagar al demandante Mosquera el importe de los mayores gastos que tuvo que hacer para poder dar al servicio una pista provisional, de conformidad con lo expuesto en la motivación correspondiente a esta parte del fallo;

3º Condénase a la Nación a pagar al demandante Mosquera el valor de los perjuicios que éste sufrió como consecuencia de haberse apropiado el Gobierno de algunas de las máquinas que aquél le había pignorado, de conformidad con lo indicado en la motivación correspondiente a esta parte del fallo;

4º La fijación en cantidad líquida de las anteriores condenaciones se hará en la forma indicada en el artículo 553, del Código Judicial, y se tendrá en cuenta en la liquidación definitiva del contrato de construcción del aeródromo;

5º Absuélvese a la Nación de los demás cargos formulados en las demandas.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Luis Carlos Zambrano—Ramiro Araújo Grau—Efrén Osejo Peña—Carlos Peláez Trujillo—Jorge García Merlano, Secretario.

ES PROCEDENTE SOLICITAR ACLARACION DE CONCEPTOS O FRASES DE LA SENTENCIA QUE OFREZCAN VERDADERO MOTIVO DE DUDA, PERO NO, SO PRETEXTO DE AQUELLA, FORMULAR CONSULTAS, POR CUANTO LA INDOLE PROPIA DE LAS FUNCIONES DE LA RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER LE IMPIDE ABSOLVERLAS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre cinco de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

En extenso memorial que antecede, el doctor Alfonso Aguirre, quien llevó la representación de FERNANDO MOSQUERA BARREIRO en el juicio que éste instauró contra la Nación, formula varias solicitudes con relación a la providencia que le puso fin a dicho juicio, diciendo ejercer el derecho de pedir aclaración de la sentencia que consagra el artículo 482 del C. J. Tal precepto es del siguiente tenor:

"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".

El derecho que confiere dicho artículo a las partes que intervinieron en un juicio, se contrae, pues, exclusivamente, a pedir aclaración de los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda.

Sentado esto, que es por demás obvio, se pasa a considerar el memorial a que se ha hecho referencia antes.

Después de una serie de consideraciones en torno a ciertos puntos tratados en la sentencia, escribe el memorialista lo siguiente:

"PRIMERA ACLARACION DE LA SENTENCIA EN RELACION CON EL PLEITO

"Al no haberse examinado en forma alguna el reajuste de los precios y su oferta por el Ministerio de Obras Públicas, con las pruebas expresadas, Mosquera puede intentar nuevamente ese reclamo ante la Sala de la H Corte a quien tengo el honor de dirigirme?

"PRIMERA ACLARACION DE LA SENTENCIA DE INTERES GENERAL PARA LA JURISPRUDENCIA

"Los contratistas con el Estado deben preheber (sic) en el momento de convenir el contrato, que la legislación en curso será aprobada, no será objetada y por el contrario sí será sancionada por el Gobierno Ejecutivo".

Claramente resulta que lo transcrito no contiene una solicitud de aclaración sobre conceptos o frases dudosas de la sentencia, sino que allí se formulan a la Sala dos consultas, la segunda de carácter general, que no cuadran con los términos ya transcritos del artículo 482 del C. J., ni con la índole propia de las funciones de la Rama Jurisdiccional del Poder, que le impide toda absolución de consultas.

Por lo demás, en la sentencia se dijo claramente que la Sala, ante la poca claridad del "petitum" de la demanda había interpretado el pensamiento del demandante en el sentido de que deseaba se le indemnizara de los mayores gastos que tuvo que hacer como consecuencia de la aplicación que hubo de dar al Decreto 3.871 de 1949, lo cual se deducía tanto de la referencia del demandante a un reajuste de precios, como de algunos de los fundamentos de hecho, en los que claramente se presentó la expedición de dicho decreto como un hecho imprevisible que debía dar lugar a una indemnización. Para justificar ésta, el demandante hizo referencia expresa a la teoría de la imprevisión, que, por no ser aplicable al caso decidido, no la aplicó la Sala, sino la del "hecho del príncipe", que, por otra parte permitía, como se hizo observar, una satisfacción cabal de las pretensiones del actor, que no las habría podido obtener, en igual intensidad, en vista de aquella teoría.

Pero la teoría del "hecho del príncipe" no podía conducir a una indemnización a base de un reajuste en los precios, sino a base de lo que se ordenó en la sentencia, o sea, de los mayores gastos que realmente hizo Mosquera como consecuencia del Decreto 3.871 de 1949, gastos que debían estar debidamente comprobados, y no meramente calculados.

En la sentencia se expresaron con toda claridad las razones por las cuales no se acogió el dictamen de los peritos respecto a los mayores gastos que el mencionado decreto obligó a realizar al demandante.

o o o

Más adelante, refiriéndose a la segunda acción decidida en la sentencia, dice el doctor Romero Aguirre:

"SEGUNDA CONSULTA EN RELACION CON EL PLEITO

"La condenación a la Nación incluye en relación con este capítulo de la segunda acción, el interés correspondiente como lucro cesante desde el momento en que se le arrebató a Mosquera el contrato y en que se le debió pagar".

Si ninguna condenación se hizo en la sentencia sobre intereses de la suma que ascendieran los mayores gastos que tuvo que hacer Mosquera al haber dado aplicación al Decreto 3.871 de 1949, nada deberá pagar la Nación al respecto. Esto es bien claro. Como también lo es que nada había solictado el demandante sobre ese punto, como puede verse leyendo atentamente la parte petitoria de la demanda.

Pero aunque expresamente hubiera hecho petición sobre dichos interess o que se hubieran considerando involucrados en el concepto general de perjuicios, no se habría podido hacer condena respecto a ellos. Por la sencilla razón que esos intereses habrían sido moratorios, y es lo cierto que la Nación no estaba en mora de pagar nada a Mosquera, debido a que ,no habiéndose hecho la liquidación del contrato, no se sabía si era en verdad deudora y en qué cantidad, o si por el contrario lo era Mosquera.

En el caso de la segunda demanda los intereses sobre el valor de la maquinaria se reconocieron como equivalentes al lucro cesante, no a título de mora.

* * *

La "Tercera aclaración con relación al pleito" la concreta el memorialista de la manera siguiente:

"Al liquidar los perjuicios decretados en el numeral tercero de la parte resolutiva, o mejor dicho en el numeral segundo de esa parte, como también en el numeral primero, al acatar para esos perjuicios el artículo 553 del Código Judicial, deberá tener en cuenta los gastos que para acondicionar esa vía indispensable para el cumplimiento del contrato, se hicieron al iniciarse la obra".

Se refiere el memorialsita a la tercera acción, incoada para que la Nación pagara a Mosquera el valor de la carretera de penetración al campo, que afirma tuvo que construír, y la cual acción fue rechazada por la Sala. Si, pues, la sentencia fue absolutoria respecto a esta acción, no se ve cómo podría, al procederse a la ejecución de la sentencia en cuanto a las condenaciones que ella contiene, tener en cuenta una pretensión rechazada.

* * *

Tras de hacer un verdadero alegato sobre lo decidido en la sentencia con relación a la cuarta acción, que perseguía el pago de los terraplenes que el demandante había afirmado que los construyó no obstante no haber sido contemplados expresamente en el contrato, presenta el doctor Romero Aguirre su "CUARTA ACLARACION DE LA SENTENCIA EN RELACION CON EL PLEITO", de la manera siguiente: "Como se ha negado por la Sala la condena a la Nación por los terraplenes, entre otras cosas por que no están contemplados en lo que se sabe de autos, es decir, la Sala no niega ni concede sino que declara no saber nada al respecto, le queda abierta al doctor Mosquera la vía de reclamación contra la Nación, aparte de las condenaciones que sí fueron hechas?".

Las pretensiones formuladas por Mosquera en esta cuarta acción fueron debidamente examinadas en la sentencia, y de la lectura de las consideraciones que al respecto hizo la Sala fluye lógicamente que la acción fue desechada, por lo que en la parte resolutiva no se hizo condenación alguna a la Nación respecto a dichas pretensiones. De manera que esa acción quedó fallada en el ordinal 5º de dicha parte resolutiva, que es del siguiente tenor: "Absuélvese a la Nación de los demás cargos formulados en la demanda".

* * *

Con relación a la quinta acción se expresa el memorialista: "Este capítulo se refiere a las obras y a su cuantía que para los efectos de complacer la patriótica impaciencia Presidencial tuvo que realizar el doctor Mosquera en el aeródromo de Cano y que no se le pagó en ninguna forma".

"Pido aclaración en el sentido de si queda la Nación condenada a pagar el lucro cesante o el interés del dinero desde el momento en que debió pagarse a Mosquera".

Al respecto vale lo dicho con relación a la "segunda consulta":

Si no se condenó a pagar intereses, no debe pagarlos la Nación, y mal habría podido ser condenada al respecto, no estando en mora.

* * *

Respecto a la sexta acción dice:

"Se refiere a los implementos menores y a los campamentos que no se acogió por la Sala por falta de pruebas".

"Quiero aclaración de la sentencia en esta parte para que se diga si el doctor Mosquera tiene abierta la vía de reclamar también nuevamente por este aspecto".

Esta no es propiamente una aclaración sino una verdadera consulta, que, como ya se dijo, no puede absolver la Sala. Sólo puede decir que estimó la acción y la falló adversamente al demandante, por falta de pruebas sobre los hechos básicos de ella".

"La última aclaración en relación con el pleito y en relación con la jurisprudencia general" contiene un verdadero alegato sobre apreciación de dictámenes periciales y termina con el siguiente párrafo: "PETICION. "Ya que no sirvieron para nada los certámenes periciales pido que la Sala declare y decrete que estamos en presencia del artículo 579 del Código de Procedimiento que desecha las diligencias y actuaciones inútiles, y que en consecuencia el doctor Mosquera no está obligado a pagar de la miseria que le va a reconocer la Nación, nada a los señores peritos".

Ahora bien: es por demás evidente que la anterior solicitud no puede ser decidida en esta oportunidad, en que tan sólo se puede pedir aclaraciones sobre conceptos o frases oscuras, como ya se expresó.

En los anteriores términos queda contestado el memorial del doctor Romero Aguirre.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Carlos Zambrano—Ramiro Araújo Grau. Efrén Osejo Peña—Carlos Peláez Trujillo—Manuel Escobar Melendro, Secretario.

NATURALEZA DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA. — SUS ELEMENTOS. — A QUIEN CORRESPONDE REVISAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. — NO COMPETE A LOS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS DECIDIR LOS LITIGIOS ENTRE LA NACION Y LOS PARTICULARES, CON OCASION DE LA INTERPRETACION, TERMINACION, EJECUCION O CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS POR ELLOS CELEBRADOS. — LOS PERJUICIOS QUE SE LE OCASIONEN AL ACTOR POR LA ORDEN DE SUSPENSION DE LA OBRA PUBLICA A EL ENCOMENDADA, DEBE DEMOSTRARLOS EN FORMA PRECISA Y CON DETERMINACION DE LA CAUSA MATERIAL. — LOS PERJUICIOS DEBEN SER CIERTOS, SIN QUE SEA SUFICIENTE UNA PROBABILIDAD O POSIBILIDAD DE OBTENER DETERMINADOS BENEFICIOS O GANANCIAS

1.—La construcción de una obra pública se considera como un contrato administrativo, destinado a la ejecución de una obra de utilidad pública o de uso público, mediante una remuneración determinada o determinable, con los riesgos a cargo del empresario o contratista.

En cuanto al objeto del contrato, para unos autores, la obra debe tener la calidad de inmueble, como una carretera o un ferrocarril, mientras que para otros, también puede ser materia de esta clase de contratos, una cosa mueble, como un barco, etc.

El precio de la obra por realizar o ejecutar se determina por uno de estos sistemas: mediante el señalmiento de un precio fijo por la realización de una obra global, considerada como un todo; o bien por unidad de medida en labores más o menos homogéneas; o en fin, mediante precios en serie de acuerdo con la categoría, naturaleza y variedad de las obras que deben ejecutarse, modalidad denominada "contratos con precios unitarios fijos".

El contratista, por regla general, debe asumir los riesgos de la obra, porque si corren por cuenta de la Administración, ya no sería un contrato de obra pública, sino de administración delegada, bajo un régimen jurídico distinto, en especial en cuanto concierne a la remuneración del contratista, que se determinaría por una suma fija por unidad de tiempo, o por porcentaje liquidado en relación con la cuantía de la inversión hecha o en otra forma cualquiera.

No obstante que el contratista debe asumir los riesgos, el contrato se considera conmutativo, porque en el momento de la celebración las dos partes consideran sus recíprocas prestaciones como equivalentes, las cuales, sin embargo, por el acaecimiento de hechos imprevistos, pueden modificarse en forma sustancial, para dar lugar a un reajuste de precios, cuando así se ha estipulado expresamente, dentro de un margen prefijado en el contrato mismo; o bien mediante la aplicación del principio o cláusula de "rebus sic stantibus", en circunstancias extraordinarias, imprevisibles en el momento de la celebración del respectivo contrato, o sea, por la aplicación de la teoría del riesgo imprevisto.

Esta clase de contratos se celebra en consideración a las cualidades de la persona del contratista (intuitu personae), en especial por la organización técnica de la empresa, que debe disponer de los elementos necesarios de trabajo; por esto, el contratista no puede ceder, ni total ni parcialmente el contrato, salvo estipulación en contrario; pero esto no obsta para que, en la ejecución de la obra, aporte el trabajo de terceros o de maquinarias ajenas y demás actividades y materiales necesarios para la realización de la obra contratada, en la forma prevista y determinada en las distintas estipulaciones del respectivo contrato.

En tratándose de un contrato de obra pública, con precios unitarios fijos, el contratista corre con la contingencia de una ganancia o pérdida; de manera, pues, que la suspensión o terminación de un contrato de

esta clase no siempre significa un daño o perjuicio para el contratista, salvo que demuestre las utilidades obtenidas en la parte de la obra realizada, para de allí deducir, en forma cierta, el lucro cesante respecto de la parte de la obra no ejecutada, pero que pudo ejecutar en el plazo señalado, de acuerdo con las correspondientes proporciones aritméticas.

2.—Esa Sala no tiene competencia para revisar los actos administrativos de la Contraloría General de la República ,por cuanto ella está encomendada a otros organismos encargados de decidir sobre su validez o nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el C. C. Administrativo .

3.— A los organismos administrativos no se les ha encomendado decidir los litigios entre la Nación y los particulares, con ocasión de la interpretación, terminación, ejecución o cumplimiento o incumplimiento de los contratos por ellos celebrados, en la forma definida por el artículo 40 del Código Judicial, en armonía con la Ley 67 de 1943.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintidós de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

El apoderado del contratista, ingeniero Federico Uribe Restrepo demandó a la Nación, representada por el respectivo "Agente o Funcionario del Ministerio Público", para que, mediante la tramitación de un juicio ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

I. Acciones principales.—"PRIMERA. LA NACION, Ministerio de Obras Púbilcas o la entidad correspondiente, pagará al demandante, o a quien represente sus derechos, dentro del término de treinta días, contado a partir de la fecha de la sentencia, la suma de TRESCIENTOS VEINTIUN MIL OCHOCIENTOS DIEZ Y OCHO PESOS CON 0.83 CENTAVOS ($ 321.818.83), valor de las partidas no reconocidas en la liquidación del contrato, de que trata la Resolución número 3.239 de 11 de diciembre de 1956, del Ministerio de Obras Públicas, quedando incluída en esta suma la de CIENTO CUARENTA Y DOS MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE PESOS CON 0.40 CENTAVOS ($ 142.187.40), indebida y erróneamente cargada al demandante, por concepto de alquiler y depreciación de equipo y maquinaria (hecho XXXI de la demanda).

"SEGUNDA. LA NACION, Ministerio de Obras Públicas o la entidad correspondiente, pagará al demandante, o a quien represente sus derechos, dentro del término de treinta días, contado a partir de la fecha de la sentencia, el valor de los perjuicios causados al mismo por razón del nó reconocimiento y nó pago oportuno de todas y cada una de las partidas de dinero a que se refiere la DECLARACION anterior, previa tasación pericial.

"TERCERA. La terminación del contrato celebrado entre la Nación, Ministerio de Obras Públicas, y el DEMANDANTE, de fecha 10 de febrero de 1947, ratificado con algunas adiciones y aclaraciones por el de fecha 24 o 28 de noviembre de 1949 (Diario Oficial número 27.270 de 22 de marzo de 1950), a que se refiere el HECHO I de esta demanda, y la terminación de los respectivos trabajos, se consumaron SIN EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVISTOS EN LA CLAUSULA VIGESIMA NOVENA DEL MISMO CONTRATO, Y EN ESPECIAL EL DEL AVISO ANTICIPADO (CON 90 DIAS) AL CONTRATISTA. POR TANTO, LA NACION NO CUMPLIO CON LO PACTADO.

"CUARTA. LA NACION. Ministerio de Obras Públicas o la entidad correspondiente, pagará al DEMANDANTE, o a quien represente sus derechos, dentro del término de treinta días, contado a partir de la fecha de la sentencia, el valor de los perjuicios causados al mismo en la terminación del contrato y la suspensión de los trabajos, a que se refiere la DECLARACION inmediatamente anterior, previa tasación pericial.

"QUINTA. La Resolución de la Contraloría General de la República, número 003153 de fecha 14 de julio de 1955, carece de todo valor y no obliga ni a LA NACION ni al DEMANDANTE, en cuanto por ella se deja "clara y perentoria constancia de que la expresada cantidad de $ 318.779.85 será la única que la Contraloría reconocerá como saldo final en la liquidación definitiva del contrato.

"SEXTA. Por medio de la Resolución número 3.239 de fecha 11 de diciembre de 1956, proferida por el Ministerio de Obras Públicas, de que trata el hecho XXIV de esta demanda, LA NACION sólo ha reconocido a favor del DEMANDANTE parte de la suma de dinero que a éste le corresponde por concepto de la liquidación legal del contrato de fecha 10 de febrero de 1947, ratificado

con algunas adiciones y aclaraciones, por el de 24 o 28 de noviembre de 1949.

Acción subsidiaria. "Para el caso de que no se hagan las DECLARACIONES PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA y CUARTA anteriores, todas, una, o unas de ellas, pido se haga, en subsidio, en todo o en parte, la siguiente:

"Dentro del término de diez días, contado a partir de la fecha de la sentencia, debe procederse a la liquidación del contrato celebrado entre LA NACION, Ministerio de Obras Públicas, y FEDERICO URIBE RESTREPO, de fecha 10 de febrero de 1947, ratificado con algunas adiciones y aclaraciones por el de 24 o 28 de noviembre de 1949 (Diario Oficial número 27.270 de 22 de marzo de 1950), contrato que se declara resuelto por no haber cumplido LA NACION con lo pactado. Dicha LIQUIDACION se hará de acuerdo con estas normas:

"a) La liquidación la practicarán el Interventor de la obra, o la persona que deba reemplazarlo, y el contratista, tal como lo ordena la cláusula TRIGESIMA QUINTA del contrato.

"b) En dicha liquidación se reconocerá y ordenará pagar al DEMANDANTE toda la obra ejecutada por éste, de acuerdo con las estipulaciones del citado contrato y con las respectivas Actas suscritas por el Interventor y el Contratista o su representante.

"c) En dicha liquidación se incluirán, necesariamente, todas y cada una de las partidas de dinero especificadas en el hecho XXXI de esta demanda, Y NO SE CARGARA AL CONTRATISTA LA PARTIDA DE $ 142.187.40 POR CONCEPTO DEL ALQUILER Y DEPRECIACION DEL EQUIPO Y MAQUINARIA, SUMA ESTA, QUE A LA VEZ, SE LE RECONOCERA Y ORDENARA PAGAR COMO DE SU PROPIEDAD.

"d) En dicha liquidación, además, se incluirá una partida de dinero por concepto de los intereses comerciales del saldo total que por razón de ella se deba pagar al demandante, intereses que se deben a partir del mes de abril de 1951, fecha de la terminación del contrato y suspensión de los trabajos, hasta la fecha de pago definitivo. E, igualmente, se incluirá en la liquidación OTRA PARTIDA DE DINERO, por concepto de los perjuicios sufridos por el DEMANDANTE por la terminación ilegal del contrato, perjuicios cuya cuantía se señalará en el fallo de acuerdo con lo probado en el juicio; y si lo anterior no se hiciere, harán los liquidadores la tasación respectiva teniendo en cuenta que ellos equivalen a la justa y lícita utilidad dejada de percibir por el mismo DEMANDANTE y que habría percibido al haber podido ejecutar la totalidad de la obra contratada.

"e) La liquidación que así se haga obliga a la NACION y a su organismo de control fiscal denominado CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, y el saldo que arroje a favor del DEMANDANTE FEDERICO URIBE RESTREPO, le será pagado sin reparo u objeción alguna, bien a éste o bien a quien sus derechos represente, dentro del término de treinta días contados a partir de la fecha de la liquidación, previa deducción de la suma de $ 318.769.85, pagada por LA NACION al DEMANDANTE el día 23 de enero de 1957".

Como fundamento de las súplicas transcritas invocó treinta y seis hechos, que se procede a examinar.

En el primer hecho, se refiere al objeto del contrato de fecha 10 de febrero, celebrado por el Gobierno Nacional con el ingeniero Federico Uribe Restrepo, sobre la pavimentación de la carretera de Palmira a Cartago, en un tramo de 170 kilómetros, más o menos, con base en "precios unitarios" y demás estipulaciones que se verán más adelante.

Del hecho segundo al quinto, inclusive, el apoderado alude a la autorización legal del Gobierno para celebrar el memorado contrato (Ley 175 de 1938 y 35 de 1945); al concepto favorable emitido por el Consejo Nacional de Vías de Comunicación y por el Consejo de Ministros; a la aprobación impartida por el señor Presidente y por el Ministro de Obras Públicas, el 19 de marzo de 1947 y a la publicación en el D. O. número 26.461.

En el sexto, menciona otro contrato de fecha 24 o 28 de noviembre de 1949, el cual, en concepto del actor, ratificó "con algunas adiciones y modificaciones", el anterior contrato, o sea, el de 10 de febrero de 1947.

El Consejo de Estado, mediante providencia de 17 de diciembre de 1952, declaró ajustado a la ley el contrato de noviembre de 1949, se dice en el hecho séptimo.

En el octavo, el demandante copia la cláusula séptima del segundo contrato, que dice: "Quedan vigentes las cláusulas y estipulaciones del contrato celebrado entre el Gobierno y el Contratista el diez de febrero de mil novecientos cuarenta y siete".

En la cláusula TRIGESIMA SEGUNDA del contrato, según el hecho noveno, se autorizó al contratista para hacer subcontratos para el sumi-

nistro de materiales o para la ejecución de algunas operaciones "tendientes a la realización de la obra", pero no podrá subcontratar trayectos completos de la carretera sin previa autorización del Gobierno". En ejercicio de esta facultad, el contratista celebró subcontratos con las Sociedades denominadas CONSTRUCCIONES MOORE LIMITADA Y EXPLANACIONES MECANICAS S. A., como consta en la Resolución número 3.239 de 11 de diciembre de 1956, emanada del Minisiterio de Obras Públicas, "por la cual se aprueba la liquidación de un contrato".

En el hecho décimo, el demandante transcribe la cláusula vigésima novena del contrato de 1947, la cual será objeto de estudio más adelante.

Según el hecho undécimo, el actor afirma que, conforme a la cláusula trigésima quinta, la liquidación del contrato debía efectuarse entre el Interventor y el Contratista. Los saldos a cargo del Gobierno, le serían pagados a este último dentro de los quince días siguientes a la presntación de la cuenta acompañada de los documentos previstos en el mismo contrato.

"XII. A fines del mes de marzo del año de mil novecientos cincuenta y uno (1951), por orden del entonces Ministro de Obras Públicas, Jorge Leyva, fueron suspendidos los trabajos u obras objeto del contrato mencionado en los hechos anteriores, o sea, se consumó LA TERMINACION DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO, REPRESENTANTE DE LA NACION.

"XIII. Esta SUSPENSION DE LOS TRABAJOS Y TERMINACION DEL CONTRATO POR PARTE DEL GOBIERNO, o sea la Nación, se cumplió sin que mediara el AVISO PREVIO de que trata la cláusula vigésima novena del contrato (hecho X), ni se comprobara la necesidad de tal medida".

"XIV. Como consecuencia de esta SUSPENSION IMPREVISTA DE LOS TRABAJOS Y TERMINACION DEL MENCIONADO CONTRATO, llevadas a término por la Nación, Ministerio de Obras Públicas, el Contratista Federico Uribe Restrepo sufrió graves y cuantiosos perjuicios de carácter económico y moral, perjuicios consistentes, los primeros, en el daño emergente y lucro cesante, cuya cuantía se determinará en el curso del juicio mediante dictamen pericial, teniendo en cuenta, además, todos los gastos sufragados por el contratista por este aspecto y por el de defensa de sus intereses y derechos contractuales".

"XV. Cuatro meses más o menos, después de la TERMINACION IRREGULAR DEL CONTRATO, el Contratista Federico Uribe Restrepo, recibió la RATIFICACION O CONFIRMACION de ese hecho por medio del oficio número 3-2367 de 5 de julio de 1951, emanado del Ministerio de Obras Públicas, Sección Administrativa, Carreteras, cuyo texto es el siguiente:' Adjunto al presente oficio me permito enviar a usted los informes rendidos por los Consejeros doctores Escallón y Cabrera, referentes a los trabajos ejecutados por usted en la carretera Palmira-Cartago, en virtud del contrato celebrado el 10 de febrero de 1947, CON EL FIN DE QUE SE SIRVA PROCEDER A LA LIQUIDACION DE SUS CUENTAS EN 31 DE ENERO DE 1951, teniendo en cuenta las observaciones hechas en los citados documentos y lo resuelto por el Consejo de Vías de Comunicación, sobre los precios unitarios que no habían sido aprobados por este Ministerio".

En el hecho décimo sexto ,invoca la cláusula tercera del contrato de 24 o 28 de noviembre de 1941, en cuanto se estipuló que el equipo comprado con fondos de la obra, se debía considerar como de propiedad del Contratista, "pero éste deberá reembolsar su valor al Gobierno CON LAS OBRAS QUE ESTA EJECUTANDO en la pavimentación de la carretera Palmira-Cartago y el Gobierno podrá adquirirlos total o parcialmente a la terminación, suspensión, cancelación o caducidad del contrato POR EL VALOR CON QUE APARECEN EN EL ANEXO DE ESTE DOCUMENTO, MENOS EL VALOR DEL ALQUILER Y LA DEPRECIACION QUE EL GOBIERNO ABONE AL CONTRATISTA DE CONFORMIDAD CON LA CLAUSULA VIGESIMA TERCERA DEL MENCIONADO CONTRATO DE FEBRERO 10 DE 1947".

"XVII. En el ANEXO a que se refiere la cláusula transcrita en el hecho inmediatamente anterior, aparece el detalle de las maquinarias, vehículos, etc., por un valor de costo de $ 377.285.00, anexo cuyo encabezamiento es de este tenor: "Relación de la maquinaria y equipo comprado por el contratista con fondos de la obra, hasta el 31 de agosto de 1949—Pavimentación Palmira-Cartago'."

"XVIII. En la cláusula Vigésima Tercera del contrato se acordó: 'VALOR DE LOS ALQUILERES Y DEPRECIACION DEL EQUIPO Y HERRAMIENTAS. El Gobierno se obliga a pagar mensualmente y de acuerdo con las liquidaciones que se hagan entre el Contratista y el Interventor, el valor del alquiler y la depreciación de la maquinaria, herramientas y elementos que el Contratista suministre...'."

"XIX. En la cláusula DECIMA QUINTA del contrato se acordó: 'PRECIOS UNITARIOS Y

CARACTERISTICAS ESPECIALES DE LAS OBRAS. El Gobierno reconocerá y pagará al Contratista los siguientes precios unitarios por las obras que éste ejecute de acuerdo con las especificaciones contenidas en este contrato...' Y entre estos precios UNITARIOS están los correspondientes a los CORTES, RELLENOS y OBRAS DE ARTE".

"XX. Y en cuanto a la revisión o modificación de los PRECIOS UNITARIOS, mencionados en el hecho anterior, en la cláusula DECIMA SEPTIMA del mismo contrato se acordó: '...los precios unitarios de la cláusula décima quinta podrán ser reajustados, a solicitud del Contratista o del Gobierno... de común acuerdo ENTRE EL CONTRATISTA Y EL INTERVENTOR, y el reajuste será sometido a la aprobación del Ministerio de Obras Públicas'."

"XXI. La obra construída por el Contratista fue entregada, y recibida a satisfacción de la Nación, Ministerio de Obras Públicas, tal como consta de las respectivas Actas suscritas por el Interventor y el Contratista, de acuerdo con lo previsto en las cláusulas DECIMA Y DECIMA OCTAVA del contrato".

"XXII. En la citada cláusula VIGESIMA OCTAVA, en relación con el pago de la remuneración del Contratista, se acordó '...d) Por último, cualquier saldo que faltare por pagar por causa del costo de las obras ejecutadas le será cubierto al Contratista una vez terminados los trabajos que en este contrato se especifican y que se haya hecho y aprobado la última acta de recibo de la carretera, la que debe ser aprobada por el Ministerio de Obras Públicas y por la Contraloría General de la República'".

"XXIII. Cumplida la terminación irregular del contrato por sólo querer de la Nación, Ministerio de Obras Públicas, se debió proceder a su liquidación en los términos previstos en la cláusula TRIGESIMA QUINTA (hecho XI). Pero no se hizo así ya que dicha operación la adelantaron, en lugar del Interventor de la obra y el Contratista, la Contraloría General de la República y el Ministerio de Obras Públicas, tomándose para ello un plazo de cinco (5) años. Así consta de los siguientes documentos: Resolución número 3.239 de 11 de diciembre de 1956, del Ministerio de Obras Públicas 'por la cual se aprueba la liquidación de un contrato'; Resolución número 003153 de la Contraloría General de la República de 14 de julio de 1955 y, Oficio número 5375 de 1º de diciembre de 1955, dirigido al Contratista por el Ingeniero Jefe de la Sección Administrativa del Ministerio de Obras Públicas". (Fs. 273 C. Nº 1º)

En el hecho XXIV transcribe, con sus considerandos y parte resolutiva, la Resolución número 3.239 de 1956, por medio de la cual el Ministerio de Obras Públicas dispuso: 'Artículo único. Reconocer y ordenar que con cargo al Capítulo 530, Art. 53858 (sic) del Presupuesto actual, se pague a favor del señor FEDERICO URIBE RESTREPO la suma de TRESCIENTOS DIEZ Y OCHO MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS ($ 318.769.85) por concepto de saldo a su favor en la liquidación final de los contratos relacionados con la pavimentación de la carretera Palmira-Cartago y de acuerdo con los considerandos de esta Resolución". (Fs. 274, C. Nº 1).

Al contratista se notificó con la anterior Resolución el 18 de diciembre de 1956, quien, de acuerdo con los hechos XXV y XXVI, el 28 del mismo mes dejó constancia escrita de que se reservaba 'el derecho de reclamar de la Nación cualquier otra suma que pudiera adeudarme por razón del contrato mencionado en la citada Resolución'.

Según el hecho XXVII, antes de dictarse la Resolución número 3.239, el apoderado del contratista objetó las conclusiones de la comisión encargada de efectuar la liquidación del contrato, como consta en el memorial de 23 de febrero de 1954, 'objeciones que se basaban en el NO RECONOCIMIENTO DE UNAS PARTIDAS Y EN EL INDEBIDO CARGO AL CONTRATISTA DE OTRA, TODO POR UNA SUMA TOTAL DE $ 321.818.83'.

El memorial de glosas, conforme al hecho XXVIII, se pasó al estudio del ingeniero Reinaldo Perdomo, quien, en el informe de 19 de mayo de 1954, rendido al ingeniero Jefe de la Sección Administrativa, "concluye diciendo que los reclamos u objeciones del Contratista, a excepción del relacionado con las 'obras de arte', son fundados, justos, y debe, por tanto, reconocerse a su favor los valores correspondientes'. En relación con el valor del alquiler y la depreciación del equipo y maquinaria, expone: 'Para cargar al Contratista los alquileres anteriores al referido contrato, la Comisión Liquidadora DIO COMO RAZON LA DE QUE DICHO EQUIPO PERTENECIA AL GOBIERNO Y QUE, POR TANTO, A ESTE CORRESPONDIA PERCIBIR TALES ALQUILERES Sin embargo, considerando MAS DETENIDAMENTE EL PROBLEMA, cabe observar que el precio de $ 377.385.00 PAGADO EN OBRAS POR EL CONTRATISTA, "ES EL DE

ENTRADA AL ALMACEN", ES DECIR, EL TOTAL DEL VALOR DEL EQUIPO "SIN DEPRECIAR", Y QUE EN EL BALANCE DE LA COMISION, "SE LE CARGA AL CONTRATISTA ESA MISMA DEPRECIACION". Y concluye: 'Económicamente es evidente que si el Contratista para la depreciación sufrida por el equipo, ANTES DEL CONTRATO DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1949, ESTA ADQUIRIENDO POR $ 519.472.40, es decir, la suma de $ 377.285.00 valor inicial del equipo, y de $ 142.187.40, valor del arrendamiento y depreciación del mismo, LO QUE SOLO VALE COMERCIALMENTE $ 377.285.00 ESTA SITUACION SERIA OPUESTA AL ALUDIDO CONTRATO QUE FIJO UN PRECIO 'INMODIFICABLE' DE $ 377.285.00". (Fs. 274 vto. C. Nº 1).

Según el hecho XXIX, el informe del ingeniero Perdomo no se tuvo en cuenta en la Resolución número 3239 de 11 de diciembre de 1956, como tampoco el del Interventor de la obra, ingeniero Efraín Tascón, "en lo que respecta a la partida correspondiente a los CORTES o RELLENOS" (hecho XXX), que estaba "fundado en una honesta interpretación del contrato y en los cálculos numéricos, hechos precisamente por quien tenía la representación de la Nación, Ministerio de Obras Públicas, en la supervigilancia de la ejecución del contrato, de conformidad con lo establecido en la cláusula DECIMA del mismo"

Se lee en el hecho XXXI: "En estas condiciones, es decir, al margen de las estipulaciones contractuales y de la realidad administrativa, se dejaron de reconocer e incluír en la liquidación del contrato las siguientes partidas, cuyo valor se debe al demandante Federico Uribe Restrepo:

"a) Valor de los alquileres de equipos de los subcontratistas, alquileres que fueron pagados a ellos por el Contratista: $ 43.597.20;

"b) Valor de los alquileres de equipos del Contratista, que prestaron servicio a la Interventoría de la obra, que la Nación debe pagar al Contratista, pero que la Comisión Liquidadora sólo reconoció en parte: $ 29.799.42;

"c) Valor de cortes ejecutados por el Contratista, de acuerdo con las estipulaciones del contrato y con la aprobación del Interventor de la obra: $ 101.755.58;

"d) Valor de "obras de arte" construídas por el Contratista, de acuerdo con las estipulaciones del contrato: $ 4.479.23".

Por otra parte, se le cargó al contratista, la suma de $ 142.187.40, por concepto de alquiler y depreciación de equipo y maquinaria, siendo así que tales equipo y maquinaria habían sido comprados por el contratista al Gobierno por su valor de "entrada al Almacén", es decir nuevos, sin deducir la depreciación".

"EN TOTAL, SE DEJO DE RECONOCER Y PAGAR AL DOCTOR FEDERICO URIBE RESTREPO, POR RAZON DE LAS OBRAS EJECUTADAS DE ACUERDO CON EL MENCIONADO CONTRATO, LA SUMA DE $ 321.818.23, INCLUYENDO LA PARTIDA POR DEPRECIACION". (Fs. 75 vto. C. Nº 1).

Se afirma en el hecho XXXII, que la falta de reconocimiento y de pago de la expresada cantidad, ocasionó serios perjuicios al contratista, "consistentes en el daño emergente, o sea su valor, y el lucro cesante, o sea, la justa utilidad que habría derivado de ese capital...", cuya cuantía debía establecerse mediante el concepto de peritos.

De acuerdo con el hecho XXXIII, la cantidad de $ 318.569.85, reconocida al contratista en la Resolución 3.239 solamente le fue pagada el 23 de enero de 1957, o sea, a los cinco años y nueve meses de consumada la terminación del contrato por voluntad del Ministerio de Obras Públicas.

En cumplimiento de lo estipulado en los contratos, mes por mes, se extendía la correspondiente acta, en la cual se dejaba "constancia de la obra y trabajos ejecutados por el demandante Federico Uribe Resrepo". (hecho XXXIV).

En el hecho XXXV, se asevera que el Contratista cumplió con todas las obligaciones contractuales, como así se expresó en los considerandos 5º y 6º de la Resolución número 3.239 de 11 de diciembre de 1956.

En el último advierte el abogado que el demandante le ha conferido poder, para incoar el presente litigio.

Como fundamentos de derecho, el actor invocó, con carácter de especiales, las Leyes 175 de 1938 y 35 de 1945, en cuanto la primera autorizó al Gobierno para proceder a la pavimentación de las carreteras nacionales, en aquellos sectores en que, por la intensidad del tránsito, requieren un piso de mayor duración, con la facultad de realizarlo por administración directa o por contrato; y en cuanto a la segunda, determinó la Gran Troncal de Occidente, para ser pavimentada, en el tramo Cali, Cartago, Manizales, Aguadas, Medellín, Yarumal, con 533 kilómetros de longitud.

También sostiene que en la celebración de los contratos, el uno, en 1947, y el otro, en 1949, se cumplieron a cabalidad con los requisitos previstos en la Ley 175 de 1938.

Califica el contrato como administrativo, en consideración al objeto la pavimentación de una carretera, destinada a un servicio o uso públicos.

Después de invocar algunos conceptos de tratadistas extranjeros, como Jeze, cita los siguientes artículos: 1.494 a 1.498; 1.692 a 1.715, todos del C. C.; además de varias doctrinas de la Corte.

Enumera las pruebas presentadas con la demanda, en 269 fojas.

* * *

II

Contestación de la demanda.—El señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, al contestar la demanda y después de referirse a las súplicas hechas por el actor, dice:

"En relación con los hechos en que se apoya la acción, me permito manifestar atentamente en ejercicio de la representación que asisto, que me atengo a la eficacia y conducencia de las pruebas acompañadas a la demanda y de las que se produzcan posteriormente en el juicio".

"Me opongo a las peticiones del libelo y niego el derecho que se invoca".

El proceso se recibió a prueba por el término legal, dentro del cual las partes presentaron las que estimaron adecuadas y que se estudiarán más adelante, en cuanto fueren necesarias para elucidar las cuestiones planteadas en este litigio.

* * *

III

Conclusiones de la Procuraduría.—En el alegato de conclusión, el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil se expresa así:

"Dos actos primordiales en la ejecución del contrato que ha sido materia u objeto del presente litigio, originan las pretensiones del distinguido libelista para implorar de la justicia la declaración de las obligaciones a cargo del Estado, que puntualiza en su demanda:

"El primer acto es según el actor, la violación por parte del Gobierno a la cláusula vigésima novena del referido contrato, al proceder a su terminación, sin haber dado al contratista el aviso previo con término de noventa (90) días, de que habla la citada cláusula".

"De tal violación, se derivan, según el demandante, los perjuicios de todo orden que han sido objeto de valoración en el proceso y que constituyen una de las fuentes de las obligaciones demandadas".

"El otro acto lo constituye el proceso mismo de liquidación del contrato, al cual se hicieron las observaciones que narran los autos, y que han dado lugar al otro género de obligaciones impetradas, que las caracterizan, las partidas dejadas de incluír en dicha liquidación y la no sujeción a las pautas que para ello se señalaron en el convenio".

"Ambas operaciones o actos de donde las presuntas obligaciones se derivan, parten de diferente origen:

"Las primeras, de la Resolución tomada por el entonces Ministro de Obras Públicas, doctor Jorge Leyva, al dar por terminado el contrato de 10 de febrero de 1947, a fines de marzo de 1951, ratificada dicha resolución por medio del Oficio número 3-2367 de 5 de julio del mismo año de 1951, dirigido al demandante".

"Las segundas, de la Resolución número 3.239 de 1956, mediante la cual se aprobaba la liquidación del contrato y se reconocía a favor del contratista la suma global de $ 318.769.85 moneda corriente" (Fs. 303 y 304, C. Nº 1).

Después de sostener el señor Procurador que el contratista, a lo sumo, tendría derecho a que se le abonen los posibles perjuicios por falta de aviso, con noventa días de anticipación, para la suspensión o terminación del contrato de febrero 10 de 1947, previsto en la cláusula vigésima novena, agrega esto:

"Siendo ello así, de que la fuente de los perjuicios que implora la demanda, no puede ser otra que el acto mismo de la suspensión o terminación, surge, en cuanto al tiempo, el problema fundamental de la oportunidad de la acción al respecto".

"La Ley 53 de 1909 estableció un término especial de caducidad para las acciones civiles que emanen de las decisiones que con carácter definitivo dicten los Ministros del Despacho Ejecutivo en asuntos de sus respectivos Ministerios. Y así, el artículo 3º de la citada ley previó que tales acciones solamente pueden ser intentadas dentro del plazo de seis meses comunes, contados desde la ejecutoria de la respectiva decisión. Vencido tal término, continúa el artículo, sin que los interesados hayan hecho reclamación alguna, se presumirá que ha renunciado a toda acción civil y la Nación quedará libre de responsabilidad por perjuicios". (Fs. 306, C. Nº 1).

Como al ingeniero Uribe Restrepo se le noti-

ficó con la orden de suspensión o terminación del contrato, impartida a fines de marzo de 1951, mediante oficio de 5 de julio del mismo año, es indudable que la acción de perjuicios se hallaba caducada el 24 de mayo de 1957, fecha de la demanda, por haber transcurrido casi seis años a contar de la fecha de la memorada notificación u oficio. (Fs. 22 C. Nº 1º).

La situación del otro acto, en cuanto concierne a las objeciones hechas a la liquidación, la acción está dentro del plazo de los seis meses, porque, dice el Procurador, la Resolución número 3.239 de 11 de diciembre de 1956, fue notificada al contratista el 18 del propio mes, quien se reservó "el derecho de reclamar de la Nación cualquiera otra suma que pudiera adeudarme por razón del contrato".

En cuanto al fundamento mismo de los reclamos hechos por el actor a la memorada liquidación, el Procurador emite los siguientes conceptos:

"En cuanto a las partidas que según el demandante, no se tuvieron en cuenta en la liquidación del contrato, ellas fueron objeto de estudio especial por parte de los peritos que actuaron en el juicio.

"Los expertos designados por las partes, de común acuerdo hicieron un detenido estudio de todos los antecedentes de la liquidación con base en los documentos que obran en el juicio, que pertenecen al archivo del Ministerio de Obras Públicas, y de conformidad con las pautas señaladas en el contrato de 10 de febrero de 1947".

"De tal estudio uniforme, se llegó a comprobar, que en la liquidación del contrato se dejaron de contemplar varios factores, a saber:

"a) El valor del mayor costo de las terracerías para la sub-base;

"b) El valor del arrendamiento de los equipos de los sub-contratistas que prestaron servicios en la obra, y

"c) Valor del arrendamiento de los equipos adquiridos inicialmente con fondos de la obra y que fueron comprados posteriormente por el Contratista por su costo de adquisición original y que la comisión cargó injustamente al contratista".

"A tales factores, se asignaron las siguientes sumas, deducidas por los peritos de los antecedentes del contrato:

Valor a)	..... $	25.314.36
Valor b)	.....	43.597.20
Valor c)	.....	142.187.40
Suma	..... $	211.098.96

"Tal suma de doscientos once mil, noventa y ocho pesos con noventa y seis centavos ($ 211.098.96) moneda corriente, significa el valor total de las partidas que dejaron de incluírse en la liquidación del contrato verificada por la Comisión designada por el Gobierno al efecto".

"La Procuraduría, teiendo en cuenta que el dictamen pericial se halla debidamente fundado, no sólo en los documentos oficiales que obran en el juicio, sino en las correspondientes cláusulas del contrato que fijan el criterio a seguir para los efectos de su liquidación, no tiene reparo especial que hacer al respecto y que implique una razonada y fundamental objeción al proceso discriminatorio seguido por los expertos para llegar a la conclusión, que en síntesis se acaba de expresar". (Fs. 308 y 309, C. Nº 1).

Finalmente, el Procurador Primero Delegado en lo civil, llega a la siguiente

"CONCLUSION. De conformidad con los argumentos expuestos en este alegato, solicito muy respetuosamente de los Honorables Magistrados, **se nieguen** las peticiones de la demanda, en lo relacionado con toda clase de perjuicios que pretenda deducir el actor por la terminación intempestiva del contrato de 10 de febrero de 1947, y se acepten en cuanto se refieren a las sumas que como deducción de las partidas no incluídas en la liquidación del contrato, concretaron los peritos en su experticio". (Fs. 311, C. Nº 1).

* * *

IV

Resumen de las pretensiones del actor. Determinada la posición que cada parte ha asumido en el litigio, procede la Sala a estudiar las pretensiones del actor, comenzando por hacer una síntesis de ellas, que servirá a la vez como derrotero del presente fallo.

Las acciones principales deducidas por el actor a juicio pueden resumirse en tres grupos, así:

Primero. Se demanda la revisión de la liquidación de los contratos celebrados en los años de 1947 y 1949, entre el demandante y la Nación, respecto de la pavimentación de la carretera Palmira a Cartago, aprobada por la Resolución número 3.239 de 11 de diciembre de 1956, del Ministerio de Obras Públicas, para que se condene a la

Nación a pagarle al Contratista, con los perjuicios ocasionados por la mora en el pago, la cantidad de $ 321.818.83, integrada en la forma descrita en el hecho XXXI de la demanda.

Segundo. Se suplica se condene a la Nación a pagar los perjuicios causados al Contratista por la violación de la cláusula vigésima novena del contrato de 10 de febrero de 1947, por cuanto, para la terminación del contrato, no se dio el aviso con noventa días de anticipación.

Tercero. Se demanda la declaración de que la Resolución número 003153 de 14 de julio de 1955 de la Contraloría General de la República, "carece de todo valor y no obliga ni a la NACION ni al DEMANDANTE", en cuanto no reconocerá una suma mayor a la de $ 318.779.85 como liquidación definitiva del contrato.

La sexta súplica de la demanda contiene una repetición de la primera, como lo mismo sucede respecto de la subsidiaria, en la cual se demanda también la revisión de la liquidación aprobada en la Resolución número 3.239 de 11 de diciembre de 1956 del Ministerio de Obras Públicas, con la demanda de que se declare resuelto el contrato por no haber cumplido la Nación con lo pactado.

* * *

V

Naturaleza del contrato. No puede ponerse en tela de juicio, como así lo reconoce el actor, que se trata de un contrato administrativo de construcción de obra pública, el celebrado por la Nación con el contratista, respecto de la pavimentación de la carretera de Palmira a Cartago; de manera que se hace necesario estudiar brevemente la naturaleza de estos contratos, para luégo interpertar el contrato de 10 de febrero de 1947, con la modificación contenida en el de 24 o 28 de noviembre de 1949.

La construcción de una obra pública se considera como un contrato administrativo, destinado a la ejecución de una obra de utilidad pública o de uso público, mediante una remuneración determinada o determinable, con los riesgos a cargo del empresario o contratista.

En cuanto al objeto del contrato, para unos autores, la obra debe tener la calidad de inmueble, como una carretera o un ferrocarril, mientras que para otros, también puede ser materia de esta clase de contratos, una cosa mueble, como un barco etc.

El precio de la obra por realizar o ejecutar se determina por uno de estos sistemas: mediante el señalamiento de un precio fijo por la realización de una obra global, considerada como un todo; o bien por unidad de medida en labores más o menos homogéneas; o en fin, mediante precios en serie de acuerdo con la categoría, naturaleza y variedad de las obras que deben ejecutarse, modalidad denominada "contratos con precios unitarios fijos".

El contratista, por regla general, debe asumir los riesgos de la obra, porque si corren por cuenta de la Administración ya no sería un contrato de obra pública, sino de administración delegada, bajo un régimen jurídico distinto, en especial en cuanto concierne a la remuneración del contratista, que se determinaría por una suma fija por unidad de tiempo, o por porcentaje liquidado en relación con la cuantía de la inversión hecha o en otra forma cualquiera.

No obstante que el contratista debe asumir los riesgos, el contrato se considera conmutativo, porque en el momento de la celebración, las dos partes consideran sus recíprocas prestaciones como equivalentes, las cuales, sin embargo, por el acaecimiento de hechos imprevistos, pueden modificarse en forma sustancial, para dar lugar a un reajuste de precios, cuando así se ha estipulado expresamente, dentro de un margen prefijado en el contrato mismo; o bien mediante la aplicación del principio o cláusula de "rebus sic stantibus", en circunstancias extraordinarias, imprevisibles en el momento de la celebración del respectivo contrato, o sea, por la aplicación de la teoría del riesgo imprevisto.

Esta clase de contratos se celebra en consideración a las cualidades de la persona del contratista (intuitu personae), en especial por la organización técnica de la empresa, que debe disponer de los elementos necesarios de trabajo; por esto, el contratista no puede ceder, ni total ni parcialmente el contrato, salvo estipulación en contrario; pero esto no obsta para que, en la ejecución de la obra, aporte el trabajo de terceros o de maquinarias ajenas y demás actividades y materiales necesarios para la realización de la obra contratada, en la forma prevista y determinada en las distintas estipulaciones del respectivo contrato.

* * *

VI

Violación de la cláusula XXIX del contrato de 1947. Determinados los elementos que correspon-

den a la naturaleza del contrato de obra pública, debe procederse a examinar los dos contratos celebrados por la Nación con el demandante, para fijar, mediante la interpretación de las cláusulas o estipulacionnes debatidas, los derechos y obligaciones de las partes, comenzando por la violación de la cláusula XXIX del contrato de 10 de febrero de 1947, fundamento o causa de los perjuicios demandados.

La mencionada cláusula dice textualmente:

"Suspensión o terminación del contrato en caso de que el Gobierno lo estime necesario. 'Además de las causales de suspensión y terminación de este contrato, a que se refiere la cláusula trigésima primera del mismo, se estipula de manera expresa que el Gobierno podrá suspenderlo o declararlo terminado por falta de fondos o por cualquier otra causa que a juicio del Gobierno haga necesaria tal suspensión o terminación, dando aviso al Contratista con noventa (90) 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 de acuerdo con este contrato, y las deudas adquiridas y comprobadas por causa de la obra hasta el día en que el Contratista **reciba el aviso de terminación o suspensión de este contrato.** Para este fin se hará un acta por el Interventor y el Contratista, en la que se discriminarán tales deudas como destajos, precios de materiales adquiridos, etc. Esta acta será remitida al Ministerio de Obras Públicas para su aprobación y formará parte de la liquidación general que por causa de la suspensión de los trabajos se haga".

De la cláusula transcrita se deducen las siguientes estipulaciones o proposiciones:

a) La Nación se reservó el derecho de suspender o declarar terminado el contrato, en cualquier tiempo y sin indemnización alguna;

b) La suspensión o terminación del contrato podría decretarse por falta de fondos "o por cualquier otra causa que a juicio del Gobierno haga necesaria tal suspensión o terminación";

c) El Gobierno se obligó a dar aviso al contratista, con noventa días de anticipación, de **la suspensión o terminación del contrato;**

d) El contratista tendría "derecho a que se le liquiden y paguen los trabajos EJECUTADOS de acuerdo con este contrato, y las deudas ADQUIRIDAS y comprobadas por causa de la obra HASTA EL DIA EN QUE EL CONTRATISTA RECIBA EL AVISO DE TERMINACION O SUSPENSION DE ESTE CONTRATO".

Si se toman en consideración las dos últimas proposiciones, distinguidas con las letras c) y d), se verá que la cláusula transcrita contiene conceptos contradictorios, porque a la par que la primera (c) impone al Gobierno la obligación de dar aviso de la suspensión o terminación del contrato con noventa días de antelación, la segunda (d), solamente reconoce al contratista el derecho a que se le paguen los trabajos EJECUTADOS y las deudas ADQUIRIDAS y comprobadas por causa de la obra HASTA EL DIA EN QUE RECIBA EL AVISO DE TERMINACION O SUSPENSION DEL CONTRATO, con lo cual, en la práctica, desaparecería el plazo de gracia de los noventa días, porque la obra ejecutada y las deudas contraídas con posterioridad al aviso, pero dentro del plazo dicho, el contratista no tendría derecho a que se le paguen aquéllos ni a que se le reconozcan éstas, interpretando literalmente la estipulación copiada sin embargo, como el artículo 1.620 del Código Civil dispone que "el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél que no sea capaz de producir efecto alguno", considera la Sala que el contratista, dentro de los noventa días siguientes al aviso de terminación del contrato, podía adelantar la ejecución de los trabajos pendientes, dentro de las naturales limitaciones impuestas por la próxima liquidación de las actividades contractuales.

La liquidación del contrato se ordenó el día 5 de julio de 1951, mediante el oficio número 3-2367 dirigido al contratista, Ingeniero Federico Uribe Restrepo, por el Ministerio de Obras Públicas, en el cual se dijo: "Adjunto al presente oficio me permito enviar a usted los informes rendidos por los Consejeros de Vías doctores Escallón y Cabrera, referentes a los trabajos ejecutados por usted en la carretera Palmira-Cartago; en virtud del contrato celebrado el 10 de febrero de 1947, con el fin de que se sirva proceder a la liquidación de sus cuentas en 31 de enero de 1951, teniendo en cuenta las observaciones hechas en los citados documentos y lo resuelto por el Consejo de Vías de Comunicación, sobre los precios unitarios que no habían sido aprobados por este Ministerio". (Fs. 22, C. Nº 1).

En el supuesto de que el contratista hubiese tenido facultad para continuar los trabajos después de recibida la orden de suspensión, o, en otras palabras, que la dicha orden no operase inmediatamente, sino una vez vencido el plazo de los noventa días, el actor ha debido demostrar los perjuicios que se le ocasionaron, en forma

precisa, con determinación de la causa material; porque el concepto de los peritos, ingenieros Carlos V. Arroyo (folios 27 a 27 cuaderno número 3) y Leonardo Lourido Vásquez (folios 34 a 40 ib.), no se considera suficiente, ni debidamente fundamentado; primero, porque abrogándose facultades que no les competen como expertos, deducen los perjuicios de la violación del contrato, más exactamente, de la violación de la antes comentada e interpretada cláusula XXIX, misión que corresponde al juzgador y no a los peritos; y segundo, los perjuicios deben ser ciertos, sin que sea suficiente una probabilidad o posibilidad de obtener determinados beneficios o ganancias; y menos todavía fijar perjuicios sobre la arbitraria base de calcular honorarios o sueldos del diez por ciento, liquidados o deducidos de la suma invertida o gastada en la obra; porque en tratándose de un contrato de obra pública, con precios unitarios fijos, el contratista corre con la contingencia de una ganancia o pérdida; de manera pues, que la suspensión o terminación de un contrato de esta clase no siempre significa un daño o perjuicio para el contratista, salvo que demuestre las utilidades obtenidas en la parte de la obra realizada, para de allí deducir, en forma cierta, el lucro cesante respecto de la parte de la obra no ejecutada, pero que pudo ejecutar en los noventa días de plazo, de acuerdo con las correspondientes proporciones aritméticas.

En consecuencia, las súplicas tercera y cuarta de la demanda carecen de fundamento, imponiéndose la absolución de la Nación respecto de ellas.

* * *

VII

Revisión de la liquidación aprobada por la Resolución número 3.239 de 11 de diciembre de 1956. El actor pide se condene a la Nación a pagarle la cantidad de $ 321.818.83, indebidamente excluída de la liquidación de los contratos de 10 de febrero de 1947 y 24 o 28 de noviembre de 1949, aprobada por la Resolución número 3.239 de 11 de diciembre de 1956, del Ministerio de Obras Públicas.

En concepto del demandante, la expresada cantidad de $ 321.818.83 se integra con las siguientes partidas o cuentas insolutas:

a) Alquileres de equipo o maquinarias de terceros o subcontratistas... $ 43.597.20

b) Alquileres de equipo o maquinaria del contratista al servicio de la Interventoría 29.799.42

c) Valor de cortes ejecutados y no pagados 101.755.58

d) Valor de "obras de arte" realizadas pero no pagadas..... 4.479.23

e) Por alquiler y depreciación de equipo o maquinaria se cargó al contratista, quien demanda su reintegro, la suma de..... 148.187.40

Se procede, pues, de acuerdo con las pruebas allegadas al expediente, a estudiar cada una de estas glosas o reclamos, para decidir si la Nación debe realmente las cantidades antes indicadas, según lo estipulado en los aludidos contratos.

En el contrato de 10 de febrero de 1947, en la cláusula XX, se estipuló que el contratista suministraría las maquinarias, equipos y herramientas para llevar a cabo la obra en forma eficiente y dentro del plazo pactado; y al efecto, enumera las que debía aportar el contratista con el fin de dar principio a los trabajos de pavimentación.

Según la cláusula XXI, el Gobierno queda facultado para suministrarle al contratista maquinaria y equipo, en caso de tenerlos en disponibilidad, con la obligación para aquél de pagar "por ellos el valor de su alquiler y depreciación, si son elementos devolutivos, o su valor al costo, si son de consumo", que la sexta del contrato de 1949 ratifica en su contenido sustancial.

En la cláusula XXII se pactó que el equipo suministrado por el contratista sería avaluado por peritos, "para efectos del alquiler y de la depreciación", pues, en la sexta ya se había estipulado esto: "Serán por cuenta del Gobierno todos los gastos referentes a la depreciación del equipo", adicionada en la clásula sexta del contrato de 1949, con la frase: "Perteneciente al contratista". Y en la XXIII se agregó: "El Gobierno se obliga a pagar al contratista, mensualmente, y de acuerdo con las liquidaciones que se hagan entre el contratista y el Interventor, el valor del alquiler y la depreciación de la maquinaria, herramienta y elementos que el contratista suministre, y tomando como base el avalúo hecho por peritos nombrados por las partes, de acuerdo con la siguiente tabla de porcentajes....."

De acuerdo con la adición hecha en la cláusula quinta del contrato de 1949, la misma tabla debe aplicarse al equipo suministrado por el Gobierno al contratista.

En la vigésima cuarta, se estipuló que las maquinarias, vehículos y demás elementos suministrados por el Gobierno se entregarán mediante inventario; y la restitución se haría en la misma

forma, "a la terminación, suspensión o cancelación del contrato, o antes si en el curso de los trabajos los desocupare, en el mismo estado en que los haya recibido o comprado, salvo el deterioro producido por el uso a que están destinados".

Esta cláusula en el contrato primitivo, decía "Inventario que se adicionará con todo lo que compre el contratista", frase que se suprimió en la primera del contrato de 1949.

En la cláusula décima quinta, aparte a), se estipularon los precios unitarios en relación con las distintas series de obras, como nivelaciones, cortes, rellenos, excavaciones, alcantarillado, obras de mampostería, etc. En el numeral 29 de la misma cláusula se advierte que las obras no previstas en el alistamiento hecho, el precio se fijaría convencionalmente; y después de hacer una enumeración de los gastos que quedan comprendidos en los precios unitarios, dice: "Y todas las demás erogaciones que se hagan en las obras a que tales precios se refieren, con excepción de aquéllas de que trata la cláusula sexta de este contrato".

Según la mencionada cláusula sexta, el Gobierno debía correr con "los gastos referentes a la depreciación del equipo, a más de aquéllos que no atañen a los trabajos de construcción, como los relacionados con la policía, interventoría, comisiones de estudio, preparación de planos, localización, cubicaciones, etc., o sea, todos los trabajos y estudios técnicos preliminares a las obras propiamente de pavimentación del sector contratado.

En el aparte b) de la misma cláusula décimaquinta, además de insistir sobre los elementos o trabajos o gastos que incluyen los precios unitarios, se precisan algunas "normas y especificaciones a que debe ceñirse el contratista en la ejecución de las obras en virtud de lo estipulado en la cláusula segunda de este contrato...."; y entre esas instrucciones se halla la siguiente: "El contratista hará los terraplenes con los materiales utilizables para tal fin que resulten de los cortes, hasta una distancia de sesenta metros. El valor de estos transportes queda incluído en los precios unitarios". Cuando el transporte de los dichos materiales utilizables deba hacerse a una distancia mayor de sesenta metros, sin exceder de 150, deja al criterio del Interventor si se debe pagar el exceso de transporte, según tarifa allí fijada, o se debe recurrir al sistema de "préstamos".

En la décimaséptima se fijaron los precios básicos que se tuvieron en cuenta para fijar los unitarios, que podrían reajustarse en el caso de que aquéllos, durante la ejecución de la obra, se modificaran en un diez por ciento en contra de alguna de las partes.

En la cláusula vigésimaquinta del contrato de 1947, complementando la sexta del mismo, el Gobierno se obligó a suministrar al contratista "todo el asfalto necesario para la obra, libre de costo, en la estación del Ferrocarril del Pacífico en Tuluá....", estipulación adicionada en la sexta del contrato de 1949, así: "El Gobierno procederá a montar en la estación de Tuluá los tanques que sean necesarios para almacenar el asfalto de modo que siempre haya una cantidad suficiente para suministrarlo al Contratista a medida que lo vaya necesitando", agregando que serían por cuenta del Gobierno a más de los fletes de La Dorada a Tuluá, "el costo de los tanques y su instalación..."

En las cláusulas vigésima sexta y vigésima séptima, el Gobierno se obligó a darle al contratista, para la compra de materiales y de otros elementos necesarios, como llantas, etc., y para el transporte de éstos y herramientas, por los Ferrocarriles Nacionales las mismas facilidades y ventajas de que goza el Gobierno para la compra y transporte de los similares oficiales; y en la segunda del contrato de 1949 se insistió sobre el otorgamiento de licencias para la adquisición de llantas y de otros elementos sujetos a reglamentación especial; o en su defecto, el Gobierno se obligaba a suministrarles de sus almacenes, si los hubiere.

Para terminar este sumario estudio de los contratos, conviene transcribir, en forma textual la cláusula tercera del contrato de 1949, que dice así:

"EQUIPO COMPRADO CON FONDOS DE LA OBRA. Se conviene por ambas partes que las maquinarias, vehículos, herramientas y demás elementos enumerados en la relación que se incluye como anexo a este documento, y que el Contratista ha adquirido con fondos de la obra durante la vigencia del contrato de febrero diez (10) de mil novecientos cuarenta y siete, deberá reembolsar su valor al Gobierno con las obras que está ejecutando en la pavimentación de la carretera Palmira-Cartago, y el Gobierno podrá adquirirlos total o parcialmente a la terminación, suspensión, cancelación o caducidad del contrato por el valor con que aparecen en el anexo de este documento, menos el valor **del alquiler y la depreciación** que el Gobierno abone al Contratista de conformidad con la cláusula vigésimatercera del mencionado contrato de febrero diez (10) de mil novecientos cuarenta y siete (1947), para lo cual dentro de un plazo de sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la liquidación definitiva del con-

trato, el Gobierno notificará al Contratista su voluntad de hacer uso de esta opción".

"Pero en lo sucesivo el Contratista no podrá adquirir maquinaria, herramientas, vehículos, ni equipo pesado de ninguna clase con fondos de la obra". (D. O., folio 14 C. Nº 1).

De los distintos pactos celebrados por la Nación con el contratista, se deducen las siguientes conclusiones:

1º El suministro de la maquinaria, herramientas o equipos, con destino a la ejecución del trabajo, debía ser hecho necesariamente por el contratista, porque así se estipuló en forma expresa en el contrato de 1947; por el contrario, la obligación a cargo del Gobierno fue simplemente potestativa, en caso de serle posible disponer de tales elementos.

2º En principio, en tratándose de contrato para la construcción de una obra pública, con precios unitarios fijos, el señalamiento hecho comprende todos los gastos necesarios para la realización de la unidad de obra prevista, como un metro cúbico de concreto, incluye el valor del cemento, elementos pétreos, mano de obra etc.; pero en los contratos celebrados por la Nación con el ingeniero Federico Uribe Restrepo, del precio unitario se excluyó el valor del alquiler de la maquinaria, que las partes, en forma un tanto inexplicable, convinieron en abonárselos mutuamente, en consideración a la propiedad del respectivo equipo. (Ver folios 14 y 15, C. Nº 3).

No obstante lo dicho, para resolver los puntos debatidos, debe tenerse en cuenta las expresas estipulaciones de las partes, no sólo en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.602 del Código Civil, sino conforme al inciso final del artículo 1.622 del mismo Código; sin embargo, lo expuesto servirá de guía para dar una solución equitativa a las opuestas pretensiones de las partes, en cuanto concierne al pago de alquileres de la maquinaria al servicio de la obra.

a) **Alquileres de maquinaria de terceros.** Si bien el contratista tenía la obligación de suministrar la maquinaria, adecuada para la ejecución de la obra, podía cumplirla con el aporte de un equipo a título precario, o sea, alquilado a terceros, porque este modo de cumplir con tal obligación no significa una cesión del contrato, ni tampoco está prohibido en éste; al contrario, se halla autorizado en la cláusula trigésima segunda del celebrado en 1947.

En la primera liquidación de los trabajos realizados, hecha por la Comisión Liquidadora con fecha 21 de octubre de 1953 (folios 1 a 13 del legajo número 7), solamente se reconoció al contratista un saldo a su favor por la suma de $ 60.763.60 en el respectivo balance; por esto, su apoderado presentó el memorial de "observaciones" de fecha 30 de noviembre de 1953 (folios 76 a 86 legajos números 3 y 4), en el cual, después de rechazar algunas cuentas o partidas y de abonar otras, dedujo la suma de $ 569.460.92 como saldo en favor de su mandante. (Fs. 87 ib.).

La Comisión Liquidadora designó una subcomisión para estudiar las observaciones la cual, después de un detenido análisis de las glosas, reconoció un saldo de $ 318.769.85 en favor del contratista, según balance de 1954 (folios 36 legajo número 7), el mismo que fue aprobado por la Resolución número 3.239 de 11 de diciembre de 1956 (folios 216, C. número 1); sin embargo, como en este saldo no se incluyó la cantidad de $ 43.597.20, valor de los alquileres rechazados, el actor demanda ahora la condena para el pago.

Para resolver esta cuestión de si la Nación debe o nó la expresada cantidad, será menester considerar los fundamentos que tuvo la Comisión Liquidadora del contrato, para negar la inclusión de la suma de $ 43.597.20 en el balance final, pues no se trata de un punto que requiera conocimientos técnicos especiales, sino jurídicos, como así lo reconocen los peritos en su dictamen de 27 de enero de 1958 (v. folios 18, C. Nº 3).

En el informe de 21 de octubre de 1953, la Comisión nombrada para efectuar la liquidación de los contratos expresa que, para cumplir su cometido, tuvo que rehacer todas las cuentas, inclusive la de precios unitarios sobre las cincuenta series de obras, con base en las actas de entrega parcial; y esta revisión se llevó a efecto sobre el renglón denominado "Alquiler de Cuenta Individual", que se refiere a los cobrados mutuamente por el Gobierno y el contratista respecto de la maquinaria aportada por cada uno, para la pavimentación de la carretera Palmira-Cartago; pero eso sí, no aceptó el desdoblamiento de los alquileres en el pago de "alquileres y depreciación", por cuanto ésta debía quedar incluída en aquéllos.

Además hace la siguiente observación: "La cláusula décima del contrato de fecha 10 de febrero de 1947, establece la supervigilancia de todas las obras por un ingeniero Interventor que nombrará el Gobierno. A este empleado se le otorgó la intervención y libre acceso a todas las obras, trabajos y operaciones en general, quedando el contratista en la obligación de darle toda clase de

facilidades para el fiel cumplimiento de sus deberes como tal".

"En desarrollo de dicha facultad los **Interventores han debido ejercer el control e intervenir en todas y cada una de las operaciones** efectuadas por el contratista en la obra de pavimentación de la carretera "Palmira-Cartago", pero **no fue así, toda vez que no se encontró huella alguna de su intervención**. Sólo vinieron a intervenir, posteriormente, en actas adicionales, en una mínima parte del alquiler en general. Por contrato celebrado el 18 de enero de 1950 (se refiere al de 28 de noviembre de 1949) y legalizado en los últimos meses del año de 1952, se dispuso la reforma de algunas cláusulas del primer contrato que entre ellas autorizaba la venta del equipo de propiedad del Gobierno Nacional al contratista". (Legajo número 7 folios 4).

Como se ha dicho antes, el contratista glosó la cuenta de alquileres de maquinaria porque se omitió incluír la suma anteriormente indicada; y la Comisión contestó así la mencionada glosa o reclamación, contenida en el Anexo "B" del interesado:

"El mentado anexo es un estudio de descargos o relación de alquileres de máquinas de propiedad del contratista o del Sub-contratista Nathan Moore y Explánicas Mecánicas, correspondientes a períodos que, según el contratista no han sido incluídos en la liquidación de alquileres hechos por la Comisión".

"Los comprobantes presentados por el contratista son una relación de dichos alquileres, que figuran en los legajos de comprobantes de cuentas rendidas por el Contratista a la Auditoría Fiscal y que, en todos los casos, aparecen firmados únicamente por el Almacenista de la obra. Las cuentas correspondientes pagadas por este concepto, y cobradas por los dueños de las máquinas, Nathan Moore y Explánicas, corresponden en valor a los alquileres liquidados según tales comprobantes, en los que se detalla el valor de las máquinas, el tiempo de servicio, la tasa de alquiler y el valor total de este mismo".

"Por otra parte las mismas máquinas que relaciona el Contratista en el anexo "B", en períodos distintos de trabajo a los que reclama éste que se le pague, aparecen los cuadros de depreciación que la Comisión utilizó para liquidar a favor del contratista el correspondiente alquiler, y, además, figuran también en las llamadas actas de ingreso de equipo de propiedad del contratista, firmadas éstas por el Interventor y el contratista".

"Como los períodos de trabajo que figuran en el anexo "B" de estas máquinas de propiedad del contratista fueron tomadas de las actas de ingreso de equipo, en las cuales no hay detalle de número de días y horas trabajadas, y principalmente, las relaciones donde sí existe el tiempo de servicio **no llevan la firma del Interventor, ni del contratista, ni del Ingeniero Jefe de la obra,** la Sub-Comisión estima que dichas actas no reúnen los requisitos esenciales para tenerse en cuenta, ya que la comisión en pleno en su sesión del 11 de los cursantes, determinó "que los documentos sobre cómputo de tiempo y de alquiler que no tengan la firma del Interventor deben ser rechazados".

"Auncuando el doctor Cháux presentó el Acta número 1 de 8 de mayo de 1950 por medio de la cual el Interventor Auxiliar de la obra doctor Obdulio Escorcia y el Ingeniero Visitador de la Contraloría General de la República doctor Eduardo Martínez Zarama determinan que el equipo a que se refieren los apartes anteriores **sí prestó el servicio a que se refiere el Contraista en su anexo** "B" y el Dr. Efraín Tascón S., Interventor, ratifica lo dicho por los dos anteriores, la Sub-Comisión sometió a consideración de la Comisión plena este asunto, y ésta, en vista de que tales documentos no **se hallaban legalizados** en **debida forma y además,** tanto el Acta número 1, a que se ha hecho referencia, como las certificaciones indicadas se extendieron y firmaron un año después de haberse prestado el servicio por el equipo referido, la Comisión en pleno resolvió no aceptar la solicitud de reconocimiento de la suma de $ 43.597.20 valor de dicho alquiler". (Fs. 20 y 21, legajo Nº 7).

La Sala llega a una conclusión igual a la de la Comisión, por las siguientes razones:

En forma precisa se pactó en el contrato: "El Interventor llevará un control riguroso de los tiempos de servicio de todos los elementos a que se refiere esta cláusula. El pago de la depreciación y alquiler por los elementos que suministre el Gobierno al Contratista, lo hará éste también mensualmente" cláusula XXIII, página 5, cuaderno número 1º); por consiguiente, si se omitió esta fiscalización, no puede ahora cobrarse la cantidad expresada, con fundamento en documentos deficientes, que no hacen plena prueba, en virtud de la omisión de un necesario control, previsto en defensa de los intereses de la Nación, y que no pueden revalidarse mediante póstumas certificaciones, cuando no se fiscalizó o controló, en tiempo oportuno, la real y efectiva prestación del servicio por parte de los funcionarios encargados de dar fé

de visu de tales actividades, no con la mera referencia a documentos creados en forma deficiente ab initio; porque, en resumen, no se trata de estampar una firma omitida, sino de dar fé de que un hecho físico se efectuó en realidad, mediante la observación directa del funcionario encargado de dar testimonio de él.

Nótese que las fallas halladas por la Sub-Comisión no son meramente formales o adjetivas, sino substanciales, porque, en unas relaciones, no existía "detalle del número de días y horas trabajadas"; y en otras, en las cuales sí existía el detalle del tiempo trabajado, **"no llevan la firma del Interventor, ni del contratista, ni del Ingeniero Jefe de la obra"**; y añade el precitado informe: "Estas circunstancias de no intervención por parte de los Interventores trajo consigo resultados tan **desfavorables** para los intereses del Estado, que la Comisión Contable (sic) se vio precisada a efectuar una revisión total de todas y cada una de las operaciones efectuadas por el Contratista..." (Fs. 4, legajo Nº 7).

En conclusión, se impone absolver a la Nación de este cargo.

b) **Alquileres de maquinaria al servicio de la Interventoría.** En este aparte, por alquiler de la maquinaria al servicio de la Interventoría, el actor demanda el pago de la cantidad de $ 29.799.42, que fue incluída en el balance definitivo y pagada al contratista, como se ve en el concepto de los peritos, quienes, después de rehacer cuentas, consultar cuadros de liquidación y otros documentos, concluyen en esta forma:

"Lo que dejamos expuesto, demuestra claramente que el valor total del arrendamiento de equipos del contratista que estuvieron al servicio de la Interventoría durante todo el período de la obra, sí fue incluído en la liquidación del contrato, y que por tanto, no tiene fundamento el reclamo del contratista para que se le reconozca la suma de $ 29.780.02 como parte de dicho arrendamiento"

"En consecuencia nuestro dictamen sobre el aparte b) del punto 2º del referido memorial de agosto 8 de 1957, se expresa así:

"La partida de $ 29.780.02, que corresponde a parte del valor del alquiler de equipos de propiedad del Contratista que prestaron servicio a la Interventoría de la obra, está ya incluída en la liquidación del contrato, dentro de los gastos totales de Interventoría reconocidos y abonados al Contratista, y por consiguiente no debe incluírse nuevamente en dicha liquidación, ni su valor debe ser pagado al Contratista". (Folio 19 vuelto, cuaderno número 3).

Debe, pues absolverse a la Nación por este cargo.

c) **Cortes insolutos.** En este cargo, el Contratista alega que en el balance definitivo no se incluyó el valor de $ 101.755.58 que corresponde a 110.603.895 metros cúbicos (folios 2º vuelto, cuaderno número 3) de cortes ejecutados en la obra, pero no pagados.

La controversia ha surgido de la interpretación que deba darse a la cláusula que señaló los precios unitarios, en relación con cada obra, para decidir si cuando se utilizan en un terraplén o relleno las tierras extraídas de un corte, deben aplicarse dos de los numerales de la tarifa de precios unitarios, como lo sostiene el contratista, o solamente uno de ellos, como lo decidió el Consejo Nacional de Vías, en concepto aceptado por la Comisión (Fl. 22, legajo número 7).

En la cláusula quince del contrato de 10 de febrero de 1947, se lee que el Gobierno pagará al Contratista los siguientes precios unitarios:

"3º **Cortes en la sub-base,** mayores de diez centímetros en cualquier material, cada metro cúbico a noventa y dos centavos.

"4º **Rellenos en tierra para arreglo para la sub-base,** compactados mayores de diez centímetros y con acarreo menor de sesenta metros a un peso diez centavos.

"14. **Cortes, préstamos y cunetas** en cualquier clase de tierra, el metro cúbico a noventa y dos ($ 0.92)".

En el aparte a) de la cláusula quince b), se estipuló:

"El Contratista hará los terraplenes con los materiales utilizables para tal fin que resulten de los cortes, hasta una distancia de sesenta metros".

Cuando el acarreo de los materiales se haga a una distancia mayor, la misma estipulación determinó una escala ascendente de precios, que no tienen incidencia en la cuestión debatida.

En concreto se trata de resolver si cuando se utilizan en los terraplenes tierras extraídas de los cortes, debe pagarse, por un lado, la suma de noventa y dos centavos por cada M3. de corte, y, por otro, la de un peso con diez centavos por cada M3 de relleno compactado; o solamente debe tomarse en consideración este último precio, con el objeto de abonar al contratista la diferencia de dieciocho centavos por cada metro cúbico de terraplén ($ 1.10-0,92 = 0.18), como así lo decidió el Consejo Nacional de Vías, (folio 19 legajo número 11) en el informe del 22 de mayo de 1951.

El ingeniero Reinaldo Perdomo, comisionado

por la Sección Administrativa del Miniserio de Obras Públicas, en el informe o concepto de fecha 19 de mayo de 1954 (folios 14 a 20 legajo número 11), no acepta el criterio del Consejo Nacional de Vías, primero, porque al fijar los precios unitarios en el contrato, no se hizo distinción alguna, en cuanto atañe al aprovechamiento de las tierras de los cortes en los rellenos; y segundo, porque al reconocer al contratista, en tal evento, un precio de dieciocho centavos por metro cúbico de relleno consolidado, se modifican en forma unilateral los precios antes acordados y respecto de una obra ya ejecutada.

El Consejo Nacional de Vías, en el concepto de fecha 10 de junio de 1954 (folios 1 a 13 legajo número 11), contesta así los argumentos del ingeniero Reinaldo Perdomo: "Al hacer el análisis de un precio unitario, se tienen en cuenta los costos de los diversos items que entran en él; en el precio de Terraplén Compactado fueron los siguientes: **el costo de la producción del material, corte o préstamo, el costo del acarreo a sesenta metros (60 m.) y el de costo de la compactación cuyo total** en este caso es de $ 1.10 el metro cúbico, el que se estipuló en el contrato.

"De acuerdo con lo anterior se ve claramente que el Gobierno resulta pagándole al Contratista así:

Por producción aparte del material, corte o préstamo, etc., por metro cúbico.....$	0.92
Por el **mismo material**, ya pagado, transporte y compactación, por metro cúbico a..	1.10
Total por metro cúbico.....$	2.02

"No se trata, pues, como ha querido verlo el Ingeniero Perdomo de la fijación de un nuevo precio unitario, sino de cobrar el valor de un material de construcción que el Gobierno ha comprado al Contratista a razón de $ 0.92 el metro cúbico, y del cual éticamente no podrá disponer éste, sin abonarle al Gobierno su valor. En esto estriba la deducción que el Consejo estima conveniente hacer". (Folio 11, legajo número 11).

CONCLUSION:

"La deducción del precio de $ 0.92 que el Consejo estimó debía hacerse al precio del metro cúbico de terraplén compactado, tiene por razón en que el Contratista no está autorizado para disponer libremente de un material de construcción que es de propiedad del Gobierno, por haberle pagado ya al Contratista este material a razón de $ 0.92 el metro cúbico".

En el concepto pericial, recibido dentro del término probatorio del juicio, se lee:

"Por otra parte, analizar si los términos del contrato celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y el ingeniero Federico Uribe Restrepo deben interpretarse en el sentido de deducir el valor de los cortes "compensados" es cosa que alejaría a los peritos de la órbita en la que la ley quiere que éstos se muevan. Y nosotros pensamos que le prestaremos un mejor servicio a la justicia si procedemos a un pormenorizado estudio de los costos en las etapas constructivas a que se alude en el presente punto del dictamen.

"Los suscritos peritos, después de estudiar detenida y cuidadosamente todas las razones aducidas tanto por los representantes del Gobierno como del Contratista, y examinar la documentación informativa que, al respecto de esta diferencia de criterios de las partes, aparece en el expediente hemos llegado a la conclusión de que se trata de una cuestión de orden estrictamente técnico, relativa a la estimación de los precios unitarios de las terracerías (sic) ("cortes" y "rellenos compactados") para la sub-base.

"Por tanto, hemos considerado conducente —a fin de poder llegar a una conclusión razonablemente fundada y equitativa en nuestro dictamen— que es necesario hacer un análisis pormenorizado de los costos que determinan los precios unitarios de las mencionadas terracerías, teniendo en cuenta todas las circunstancias y modalidades existentes en la época en que se ejecutó la obra y para el caso contemplado en que se utilizó en la ejecución de los "rellenos compactados" la tierra proveniente de los "cortes".

"En anexo que acompañamos por separado (ver folios 14 y 15 cuaderno número 3), aparece dicho análisis de costos el cual nos ha permitido deducir precios unitarios que consideramos reales y equitativos para las referidas terracerías". (Folios 21, C. Nº 3).

De acuerdo con el análisis de costos hecho por los peritos, llegan a la determinación de precios unitarios, con los cuales liquidan los trabajos ejecutados por el Contratista, en cuanto comprende cortes y rellenos compactados, para llegar a esta final conclusión:

"En virtud de lo que dejamos expuesto anteriormente, nuestro dictamen en relación con el aparte c) del punto 2º a que se refiere el ya citado memorial de agosto de 1957, es el siguiente: "La partida de veinticinco mil trescientos catorce

pesos con treinta y seis centavos ($ 25.314.36) moneda corriente que corresponde al mayor costo real de terracerías para la sub-base, tal como se demostró con los análisis de los precios unitarios correspondientes y la cual resulta de la liquidación anterior, debe incluírse en la liquidación del contrato y su valor debe ser reconocido y pagado al contratista, en lugar de la de ciento un mil setecientos cincuenta y cinco pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 101.755.58) moneda corriente que el mismo contratista reclamaba". (Folio 22, cuaderno número 3).

Respecto del anterior concepto o dictamen pericial, la Sala hace las siguientes observaciones:

a) Como lo advierten los mismos ingenieros, primordialmente, se trata de la interpretación de las cláusulas contractuales que fijaron o estipularon los precios unitarios, labor que corresponde, en forma exclusiva, al juzgador;

b) Los peritos no fijaron el posible saldo a favor del Contratista con los precios reajustados por las partes, sino que, mediante un análisis técnico, pero extraño al litigio, determinaron los precios unitarios que ellos encontraron equitativos;

c) Al hacer el análisis de los costos, con el fin de determinar los precios unitarios, incurrieron en un error de hecho al incluír, entre los distintos gastos, los correspondientes a depreciación de maquinaria, reparaciones, combustibles, grasas, operarios, porque si esta inclusión resulta técnicamente inobjetable, dentro de las condiciones contractuales es inadmisible, porque el alquiler de la maquinaria se liquidaba por separado; de manera que estos costos no entran en juego, respecto de los precios unitarios fijados en el contrato para los terraplenes y cortes. (Ver folios 14 y 15, C. Nº 3).

De acuerdo con lo expresamente estipulado en el contrato, el empresario contrajo la obligación de hacer "los terraplenes con los materiales utilizables para tal fin, que resulten de los cortes, hasta una distancia de sesenta metros"; de modo, pues, que los cortes, el acarreo hasta una distancia de sesenta metros, la conformación y compactación de los rellenos ,en la mente de los contratantes, se consideró como una sola obra o actividad, sujeta al respectivo precio unitario fijado para el terraplén y así, esta operación no puede desdoblarse en tantas obras cuantos son los elementos que la integran (cortes, acarreos, conformación, compactación, nivelación etc.) para sumar los distintos precios unitarios.

Como los indicados elementos de la operación (cortes, acarreos etc.) se llevan a efecto mediante el trabajo de la maquinaria, cuyos alquileres se pagan separadamente, no se considera equitativo que, a más de esta indiscutible ventaja, los precios unitarios se liquiden o apliquen a cada uno de los dichos elementos, porque los valores finales resultarían algo más que duplicados. En efecto, por un metro cúbico extraído de un corte, con acarreo de menos de sesenta metros, la Nación abona al contratista, por un lado, la suma de noventa y dos centavos, y, por otro, el valor correspondiente al tiempo trabajado por las distintas máquinas (bulldozzer, pala, volqueta, cilindradora); y si a esto se pretende añadir el precio total por cada metro cúbico de terraplén ($ 1.10 según los precios iniciales y $ .30 (sic) en los reajustados), la duplicación de valores aparece del todo evidente, con grave daño para los intereses de la Nación.

En consecuencia, estima la Sala que la liquidación patrocinada por el Consejo Nacional de Vías de Comunicación se ajusta a las estipulaciones del contrato y a la equidad que debe gobernar esta clase de pactos, considerados por los tratadistas de "buena fé": "El contrato de obra pública es, en nuestra opinión, **de buena fé**". Y este carácter le reconoce también la jurisprudencia. (Derecho Administrativo. Tomo II. Rafael Bielsa).

Tampoco, pues, esta reclamación tiene fundamento; y se impone la absolución de la Nación respecto de ella.

d) **Valor de las "obras de arte".** Según el actor, al hacer la liquidación de las "obras de arte" construídas, se omitió la cantidad de $ 4.479.23 que se debe ordenar pagarle.

El Consejo Nacional de Vías de Comunicación al revisar las cuentas y recalcular los valores, mediante la confrontación de los datos aportados por el Interventor con los presentados por el Contratista, rectificó la aplicación de la tarifa de precios unitarios, que dio como resultado la deducción de la expresada cantidad, con fundamento en razones técnicas y la rectificación de errores numéricos, que los peritos explican en su concepto en la siguiente forma:

"Como resultado de esta revisión, que se refiere exclusivamente a operaciones y datos numéricos sobre cantidades de obras ejecutadas y clasificación de las distintas "obras de arte", de acuerdo con sus respectivas luces todo ello en concordancia con los precios unitarios y características especiales de que trata la cláusula décimaquinta (15ª), se encontraron en la liquidación errores numéricos cuya cuantía fue fijada defi-

nitivamente en la cantidad de $ 4.479.23, que es la misma mencionada en el aparte d) del hecho XXXI de la demanda".

"El reclamo del Contratista parece referirse especialmente a la clasificación de las distintas 'obras de arte' que, de acuerdo con sus correspondientes luces, hizo el Consejo Nacional de Vías de Comunicación al comprobar y revisar la liquidación respectiva.

"Sobre este particular, el referido Consejo en el Informe 7080 ya citado, expresa los siguientes argumentos: 'El valor fijado para distintas luces en el concreto reforzado, no quiere decir que se haya de pagar el concreto reforzado usado, en una misma obra al mismo precio'." Tres (3) luces de ocho (8) metros, centro a centro, no puede considerarse como una luz de veinticuatro (24) metros. Las luces en tramos de distintas luces debe considerarse distintamente, no como luz total'. Lo que explica claramente, en nuestra opinión, el razonable fundamento para los ajustes en el valor correspondiente a las "obras de arte".

Por lo demás, el doctor Reinaldo Perdomo, miembro de la Comisión Liquidadora, al estudiar lo concerniente a este mismo asunto expresa lo siguiente, en su informe de mayo 19 de 1954 (folio 2 ,legajo Nº 11):

"La rebaja de $ 4.379.23 hecha por el Consejo a las 'obras de arte' sí es indiscutible y debe sufrir el Contratista, porque está ajustada a lo que dispone el contrato sobre precios unitarios de acuerdo con las distintas luces".

"Bastan las razones que se dejan expuestas, para concluír que no existe base suficientemente justificada para este reclamo del Contratista, puntualizado en el aparte d) del punto 2º del memorial de agosto 8 de 1957 a que venimos refiriéndonos". (Fl. 23 C. Nº 3).

Por tratarse de cuestiones puramente técnicas, como las que atañen a la clasificación de las llamadas "obras de arte", como también a la rectificación de errores numéricos, nada tiene la Sala que agregar a lo expuesto por los peritos, quienes, llamados por el actor para emitir concepto sobre tales puntos, encontraron acertada la decisión del Consejo Nacional de Vías de Comunicación, organismo de carácter técnico del Ministerio de Obras Públicas.

e) **Alquileres de maquinaria a cargo del Contratista.** En este aparte estima el actor que no tiene obligación de abonar a la Nación la suma de $ 142.187.40 por concepto del alquiler de la maquinaria adquirida con fondos de la obra, sino que, al contrario, la Nación debe pagarle tales alquileres, conforme a lo estipulado en el contrato de fecha 28 de noviembre de 1949.

La actuación administrativa del contrato de 28 de noviembre de 1949 se halla contenida en el legajo o archivador número 9, enviado por el Ministerio de Obras Públicas durante el término probatorio del juicio; y del estudio de esos documentos se deduce:

a) El memorado contrato de 28 de noviembre de 1949, suscrito por el Ministro Víctor Archila Briceño con el contratista, solamente se remitió para la revisión o aprobación del Consejo de Estado, el 3 de diciembre de 1952 (folio 26 legajo número 9).

b) En la providencia de 10 de diciembre de 1952 (folio 27 ib.), el Consejo de Estado anotó varias irregularidades o deficiencias en la actuación administrativa, que fueron explicadas o enmendadas en el oficio del 17 del mes y año citados, emanado de la Sección Administrativa del Ministerio de Obras Públicas.

c) Finalmente el Consejo de Estado, en providencia de esa misma fecha (17 de diciembre de 1952), "DECLARA que el contrato de que se ha hecho referencia en la parte motiva de este proveído, SE AJUSTA a las disposiciones legales".

d) Esta aprobación se impartió cuando los contratos de 10 de febrero de 1947 y 28 de noviembre de 1949 se hallaban en la etapa de liquidación definitiva, porque en marzo de 1951 el Ministerio de Obras Públicas, como antes se ha visto, ordenó la suspensión de los trabajos. (Artículos 245, 248, Ley 167 de 1941).

Como atrás se resumieron las estipulaciones contractuales, en cuanto concierne a los alquileres de maquinaria, inclusive se transcribió la cláusula tercera del contrato de 28 de noviembre de 1949, debe la Sala decidir si los alquileres devengados por la maquinaria comprada con fondos de la obra debe pagarlos el Gobierno al Contratista; o, por el contrario, el Contratista debe abonarlos al Gobierno, como así se hizo en la liquidación definitiva objeto del presente litigio.

La dificultad emana de la interpretación que debe darse a la citada cláusula tercera del contrato de 1949, porque, en cuanto al pago de alquileres mutuos por la maquinaria suministrada con destino a la obra por las partes, es cuestión que debe cumplirse, tal como lo practicaron en la liquidación definitiva de los contratos.

Del contrato de 28 de noviembre de 1949, se deducen los siguientes hechos:

a) El Contratista, sin autorización alguna, con fondos o dineros anticipados por el Gobierno para la construcción de la obra, compró varias maquinarias o equipo de trabajo, por un valor de $ 377.285.00.

b) La obligación de suministrar la maquinaria para la pavimentación de la carretera, conforme al contrato de 10 de febrero de 1947, correspondía al contratista; y sobre esta primordial obligación del empresario, ninguna modificación introdujo el contrato de 28 denoviembre de 1949;

c) En la expresada cláusula tercera del contrato de 1949 se estipuló que la maquinaria comprada con fondos de la obra, se considera de propiedad del Contratista, "pero éste deberá reembolsar su valor al Gobierno con las obras que está ejecutando en la pavimentación de la carretera Palmira-Cartago".

d) El reembolso, o mejor, la compensación con el valor de la obra ejecutada, no se llevó a efecto sino cuando se verificó la liquidación definitiva de la obra ejecutada por el empresario.

Con estos antecedentes, surge el problema de decidir desde qué fecha entró en vigencia, o mejor, debe hacerse efectivo, el aludido contrato de 28 de noviembre de 1949, porque podrían considerarse las siguientes: desde la inversión del dinero en la compra de la maquinaria, llevada a efecto antes del 31 de agosto de 1949; o bien, desde el 28 de noviembre de 1949, fecha en que se suscribió el contrato por medio del cual se modificaron, como atrás se ha visto, varias estipulaciones del de 10 de febrero de 1947; o cuando el Consejo de Estado declaró que el contrato de 28 de noviembre de 1949 se ajustaba a las disposiciones legales, en providencia de 17 de diciembre de 1952 (Artículos 245, 248, Ley 167 de 1941); o, en fin, cuando se llevó a efecto la compensación de valores, mediante la liquidación definitiva del contrato, aprobada por la Resolución 3.239 de 11 de diciembre de 1956.

Los alquileres no pueden reconocerse al Contratista desde la fecha en que invirtió el dinero de la obra en la compra de la maquinaria, porque sería darle un efecto retroactivo al contrato de 28 de noviembre de 1949, para regular hechos ya consumados, los cuales no fueron considerados por las partes en forma expresa en el aludido contrato de 28 de noviembre; y porque, antes de este último pacto, las maquinarias pertenecían a la Nación por haberse adquirido con fondos públicos, que en modo alguno pueden destinarse a un enriquecimiento sin causa del Contratista, menos aún con fundamento en la violación del contrato de 10 de febrero de 1947, que le impuso la obligación de suministrar la maquinaria necesaria para la construcción eficiente de la obra, según se lee en la cláusula vigésima, corroborada por la trigésimacuarta, en la cual el Gobierno contrajo la obligación, a elección del Contratista, de comprarle "el equipo y elementos que haya aportado éste para las obras, a precio del avalúo original, menos la depreciación...", en el supuesto de que, a la suspensión del contrato, no se hubieren construído las dos terceras partes de la obra.

Por tanto, no puede ponerse en tela de juicio el derecho que tiene la Nación para percibir, cuando menos, el valor de los alquileres de la maquinaria, desde la fecha o fechas de compra hasta la celebración del contrato de 28 de noviembre de 1949, encaminado a cohonestar las posteriores consecuencias de la inversión de los dineros públicos en la compra del equipo relacionado en el anexo del aludido contrato.

En cuanto atañe a las dos últimas fechas, o sea, la declaración hecha por el Consejo de Estado el 17 de diciembre de 1952, como la de la aprobación definitiva de la liquidación de los contratos, efectuada el 11 de diciembre de 1956, no pueden tenerse en cuenta para regular el derecho a percibir los alquileres de la maquinaria, porque antes de estas fechas, en marzo de 1951, el Gobierno ya había declarado terminados los contratos; de tal suerte que si se considera como fecha de vigencia del contrato de 28 de noviembre de 1949, algunas de éstas, sería tanto como privarlo de todo efecto, contra la voluntad expresa de las partes, la cual debe interpretarse en el sentido en que pueda producir algún efecto, como lo quiere el artículo 1.620 del Código Civil.

En definitiva, la cantidad de $ 142.187.40 debe distribuírse entre la Nación y el Contratista en proporción al tiempo de servicio del equipo en la forma antes expuesta, o sea, el alquiler devengado desde la compra hasta el 28 de noviembre de 1949 corresponde a la Nación; y el liquidado desde esta fecha hasta la suspensión de los trabajos en la carretera Palmira-Cartago, decretada por el Gobierno, al Contratista, mediante la aplicación, en uno y otro caso, de las mismas tarifas, sistema, tiempos y demás elementos que sirvieron de base para efectuar la determinación de la dicha cantidad de $ 142.187.40, incluída en el balance aprobado en la Resolución 3.239 de 11 de diciembre de 1956.

En la forma antes expuesta, se da cabal aplicación a la interpretación que las mismas partes dieron a otra cláusula semejante del contrato de

10 de febrero de 1947, en el cual se estipuló, como se ha visto, que el Gobierno debía suministrar los tanques para el almacenamiento del asfalto, pero como así no lo hizo, llenada esta necesidad por el Contratista, el Gobierno le abonó los alquileres de los recipientes por todo el tiempo que fueron de propiedad del Contratista, hasta la fecha en que los compró y pagó el Gobierno; de manera, pues, que en el caso de los alquileres del equipo debe seguirse un criterio semejante, en obedecimiento a lo ordenado en el artículo 1.622 del Código Civil, para decidir que los alquileres desde el 28 de noviembre de 1949 hasta la suspensión de los trabajos, pertenecen al Contratista; así como los anteriores deben liquidarse a favor del Gobierno.

Esta liquidación o determinación se hará en la forma y en la oportunidad prevista en el artículo 553 del Código Judicial.

* * *

VIII

Petición Quinta. En la quinta petición se demanda la declaración de que la Resolución número 003153 de 14 de julio de 1955 de la Contraloría General de la República, carece de todo valor y no obliga ni a la Nación ni al demandante, en cuanto allí se expresa que la cantidad de $ 318.779.85 "será la única que la Contraloría reconocerá como saldo final de la liquidación definitiva del contrato".

Desde luego, esta Sala no tiene competencia para resolver si la mentada Resolución de la Contraloría carece de valor, porque la revisión de los actos administrativos de dicha entidad están encomendados a otros organismos, encargados de decidir sobre la validez o nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el C. C. Administrativo.

La sentencia proferida por esta Sala en el presente litigio, tendrá el valor que le reconocen la Constitución y leyes de la República, con absoluta independencia de las simples declaraciones de determinados organismos administrativos, a los cuales no se les ha encomendado decidir los litigios entre la Nación y los particulares, con ocasión de la interpretación, terminación, ejecución o cumplimiento o incumplimiento de los contratos por ellos celebrados, en la forma definida por el artículo 40 del Código Judicial, en armonía con la Ley 67 de 1943.

Esta súplica es, pues, improcedente.

* * *

IX

Sexta Petición. En la última petición principal no se hace, estrictamente, una súplica, sino que se limita a indicar un **hecho** en relación con las dos primeras de la misma demanda; por tanto, resueltas ya éstas en la forma vista antes, implícitamente ha quedado decidida también esta cuestión.

* * *

X

Petición subsidiaria. En la súplica subsidiaria se demanda, en forma incompatible o contradictoria, la resolución de los contratos de 10 de febrero de 1947 y de 28 de noviembre de 1949, o por lo menos de éste, para que "dentro del término de diez días, contado a partir de la fecha de la sentencia, debe procederse a la liquidación del contrato celebrado entre la Nación, Ministerio de Obras Públicas, y Federico Uribe Restrepo" conforme a las normas enunciadas en los apartes a), b), c), d) y e).

Como esta liquidación tendría la finalidad de incluír "todas y cada una de las partidas de dinero especificadas en el hecho XXXI de esta demanda", a más de cargar, no al Contratista, sino a la Nación, la cantidad de $ 142.187.40 por concepto de alquiler de la maquinaria comprada con dineros oficiales, el objeto de tales extremos sería el mismo del que ya queda juzgado, con el resultado visto y por las razones expuestas antes.

En fin, el mismo demandante reconoce, en su alegato de conclusión, que la acción resolutoria no procede, "por la sencilla razón de que el contrato había dejado de existir por el solo querer de la Administración" (Folio 298 vuelto, cuaderno número 1), como también pudo agregar que los contratos de tracto sucesivo, juntamente con los de hacer, ya ejecutados, bien o mal, tampoco procede la declaración de resolución.

Basta, pues, lo dicho, para desechar la acción subsidiaria.

* * *

En mérito de las consideraciones precedentes, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Condénase a la Nación a reembolsar al Contratista, ingeniero Federico Uribe Restrepo, mayor de edad, vecino de Bogotá, el valor de los alquileres provenientes del trabajo efectuado por el equipo descrito en el anexo del contrato de 28 de noviembre de 1949, inserto en el número 27.270 del Diario Oficial, entre esta fecha (28 de noviembre de 1949) y la de suspensión de las labores de pavimentación de la carretera de Palmira a Cartago, de acuerdo con las bases fijadas en la parte motiva de esta sentencia.

La liquidación y distribución a que antes se alude se llevará a efecto en la forma prevista por el artículo 553 del Código Judicial.

Segundo. Se absuelve a la Nación de los demás cargos hechos a ella en la demanda de fecha 24 de mayo de 1957, presentada por el apoderado del Contratista demandante.

Tercero. No se hace condenación en costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y archívese el expediente.

Luis Carlos Zambrano—Ramiro Araújo Grau—Efrén Osejo Peña—Carlos Peláez Trujillo—Jorge García M., Secretario.

RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS DE LA CONDUCCION DE CORREOS, POR LA PERDIDA O EXTRAVIO DE ENCOMIENDAS POSTALES ENTREGADAS A SU AUXILIAR, AGENTE O MENSAJERO, PARA SU CUIDADO, CONSERVACION Y TRANSPORTE. — RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. — EL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION CONTRACTUAL PUEDE ATRIBUIRSE A CULPA O A DOLO DEL DEUDOR QUIEN, EN AMBOS CASOS, DEBE RESARCIR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS AL ACREEDOR POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION. CULPA CONTRACTUAL. — EN QUE CONSISTE. — LA NATURALEZA DE LA RESPECTIVA OBLIGACION, TAL COMO LA HAYA REGLAMENTADO O REGULADO LA LEY, INDICARA QUE HECHO O HECHOS DEBE PROBAR EL DEUDOR CON EL FIN DE QUE LA OBLIGACION SE CONSIDERE EXTINGUIDA.—EN EL CASO CONCRETO DEL TRANSPORTADOR, SOLAMENTE SE LIBERA DE LA OBLIGACION DE RESARCIR LOS PERJUICIOS, CON LA DEMOSTRACION DE UN CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR QUE NO PUDO PREVER O EVITAR. — INTERPRETACION Y ALCANCE DE LOS ARTICULOS 516, 560 Y 602 DEL DECRETO 1.418 DE 1945, REGLAMENTARIO DE LOS SERVICIOS NACIONALES DE CORREOS, TELEGRAFOS Y TELEFONOS

1.—La responsabilidad en que pueda incurrir el contratista conductor de correos, por la pérdida o extravío de encomiendas postales, no puede mirarse a la luz de las disposiciones que regulan la culpa extracontractual o aquiliana, sino en consideración a las que estudian el incumplimiento de las obligaciones contraídas, según los artículos 1.605, 1.606, 1.730, 2.071 del Código Civil y 306 del Código de Comercio, que suponen la preexistencia de un vínculo entre el acreedor y el deudor, mientras que en aquélla, en la aquiliana, la relación emana del hecho mismo culposo o doloso, causa del daño o de los perjuicios ocasionados en el patrimonio ajeno, que el responsable debe resarcir.

El incumplimiento de una obligación contractual puede atribuírse a culpa o a dolo del deudor, quien debe resarcir los perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento de la obligación, en ambos casos pero en distintos grados y con pruebas diferentes tanto en lo que atañe a la responsabilidad como en lo que se refiere a la justificación de su conducta.

Si el acreedor prueba el dolo, el deudor deberá pagar los perjuicios en todo caso, inclusive cuando se atribuya a la conducta de sus representantes o auxiliares; y sin que le sea lícito pretender exonerarse de la responsabilidad contraída, mediante la alegación de que el acreedor, a su vez, ha incurrido en una culpa, porque estos elementos heterogéneos, dolo y culpa, no pueden compensarse como sí puede suceder, en forma total o parcial, en el caso de concurso de culpas.

En cambio, cuando se trata del incumplimiento por culpa, la responsabilidad del deudor se presume, o mejor, se trata de demostrar un hecho que ha extinguido la obligación (artículo 329 del Código Judicial, artículo 1.625, numeral 7º del Código Civil), el cual incumbe probarlo a quien lo alega, de acuerdo con el artículo 1.757 del Código Civil, o sea, al deudor que pretende liberarse de la obligación y del resarcimiento de los perjuicios causados al acreedor.

La culpa contractual consiste en la omisión de la debida diligencia del deudor, para cumplir la obligación en el tiempo oportuno y en forma completa; porque, mientras tenga la calidad de deudor, está en el deber de observar una conducta adecuada y eficaz para estar en situación de cumplir exactamente con la obligación contraída

De manera, pues, que en algunos casos, basta que el deudor pruebe la ausencia de culpa, para que quede liberado de la obligación de resarcir los perjuicios o daños ocasionados con el incumplimiento; sin embargo, en otros no basta esto, sino que ha menester demostrar un hecho concreto que ha

impedido el cumplimiento, como el caso fortuito o la fuerza mayor, que ocurra independientemente de todo acto u omisión del deudor, pues, en caso contrario, tampoco le servirá la demostración del caso fortuito o de la fuerza mayor, para liberarse de la obligación o de resarcir los perjuicios, en su caso.

La naturaleza de la respectiva obligación, tal como la haya reglamentado o regulado la ley, indicará qué hecho o hechos debe probar el deudor con el fin de que la obligación se considere extinguida. Así en el caso concreto del transporte, las obligaciones de las partes, están definidas en el título V del Código de Comercio y en los artículos 2070 a 2078 del Código Civil, que imponen al portador la obligación de entregar o restituír la cosa objeto de la conducción, a la vez que determina la extensión de los deberes que le incumben, en estos términos, según el artículo 306 del Código de Comercio: "El porteador responde de la culpa grave y leve, en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte".

"Se presume que la pérdida, avería o retardo, ocurren por culpa del porteador.

"Para exonerarse de toda responsabilidad, el porteador deberá probar que el caso fortuito no ha sido preparado por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que ha causado la pérdida, la avería o el retardo".

El artículo 2.073 del Código Civil dispone: "El acarreador es obligado a la entrega de la cosa en el paraje y tiempo estipulado, salvo que pruebe fuerza mayor o caso fortuito.

"No podrá alegarse por el acarreador la fuerza mayor o caso fortuito que pudo con mediana prudencia o cuidado evitarse".

De las disposiciones transcritas, perfectamente armónicas, se deduce que el transportador solamente se libera de la obligación con la demostración de un caso fortuito o fuerza mayor, que no pudo prever o evitar con mediana prudencia y cuidado, el cual, además sobrevino independientemente de todo acto u omisión del deudor.

Además el último inciso del artículo 2.072 del Código Civil dice: "Y tendrá lugar la responsabilidad del acarreador, no sólo por su propio hecho, sino por el de sus agentes o sirvientes"; y en esta forma, la ley ha establecido la responsabilidad indirecta del transportador, para responder de los actos y omisiones de los auxiliares, agentes o representantes encargados de llevar a efecto la conducción de la carga.

2.—El artículo 516 del Decreto número 1.418 de 1945, regula el servicio interno de las distintas estafetas, sujetas a las normas señaladas en el Decreto aludido, con el fin de ajustar las relaciones de los empleados con el Gobierno, deducirles responsabilidades por las irregularidades, etc., etc.; pero no entre éste y el contratista encargado del transporte de la correspondencia, que deben considerarse según las estipulaciones del contrato y de las normas previstas en el Código Civil y en el Código de Comercio para esta clase de negocios jurídicos.

El invocado artículo 516 prohibe recibirle al mismo remitente si es particular, más de una encomienda por suma mayor a la de dos mil pesos ($ 2.000.00), y si es oficial, por más de diez mil, en el mismo día y con el mismo destino; pero no veda que varios particulares, por ejemplo veinte, consignen otras tantas encomiendas por dos mil pesos cada una; ni que varias entidades oficiales o semioficiales, verbi gracia cinco, depositen cada cual una encomienda por diez mil pesos en el mismo día y con el mismo destino, que el contratista no podría negarse a transportarlas todas, en el mismo día; por tanto, el artículo 516 no se encamina a limitar la cuantía de las encomiendas que éste está en el deber de transportar a un determinado lugar o a varios, dentro del mismo itinerario, con el mismo mensajero, agente o auxiliar y en la propia fecha; de manera, pues, que la limitación del artículo citado opera en cuanto atañe a los empleados oficiales, mas no afecta o no es admisible en cuanto concierne al contratista, a quien le da lo mismo que una encomienda por veinte mil pesos sea consignada o por una o por diez personas.

Además, la prohibición contenida en el artículo 516, respecto de los empleados oficiales, no se aplica sino a las estafetas remitentes de origen, porque en cuanto se refiere a las intermedias o reexpedidoras, deben cumplir con el artículo 560 del mismo decreto, el cual ordena: "Será obligatorio despachar las encomiendas por el inmediato correo que, después de su recibo, salga de

la oficina de origen o tránsito de las mismas y que debe conducirlas de acuerdo con el artículo anterior". En consecuencia, si en una estafeta intermedia o de tránsito se juntan varias encomiendas, aun cuando estén dentro de los casos previstos en el artículo 516, deben despacharse inmediatamente, en obedecimiento al artículo 560, que no le dá facultad al empleado para establecer turnos en la remisión, sino que le ordena hacerlo por el inmediato correo, sin limitación del número ni de la cuantía, así proceda de un solo lugar o de varios.

Puede existir concurso o compensación de culpas, pero no de actos dolosos o delitos con culpas, porque sería inmoral excusar un hecho ilícito por una negligencia o descuido de la víctima, como sería paliar un robo por el mal estado de las cerraduras o por otra causa similar. En consecuencia, del delito de abuso de confianza o de peculado, por el aspecto puramente civil, responde el contratista, en los casos de pérdida o extravío de encomiendas postales entregadas a su auxiliar, agente o mensajero para su cuidado, conservación y transporte.

El artículo 602 del citado Decreto (1.418 de 1945), en cuanto dispone que los jefes de oficina deben cerciorarse de si las encomiendas "introducidas y de tránsito han sido despachadas puntualmente, y las RECIBIDAS (subraya la Sala), entregadas o anunciadas correctamente", no alude a los contratistas sino a los destinatarios de las encomiendas, a quienes se les debe pasar los avisos, para que se presenten a retirarlas oportunamente (Art. 584 y ss. ibídem).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintinueve de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

El apoderado de Alberto Suárez demandó a la Nación, para que, en juicio ordinario de única instancia, la Sala de Negocios Generales de la Corte hiciera estas declaraciones:

"1º Que son INVALIDAS, INEFICACES o NULAS, las Resoluciones números 0128 de 17 de enero de 1958 y 1.260 de 8 de mayo de 1958, emanadas del Ministerio de Correos y Telégrafos;

"2º Que el señor Alberto Suárez carece de responsabilidad administrativa alguna en la pérdida o extravío de las encomiendas números 1.189 y 1.190 de fecha 20 de agosto de 1957, de la población de La Plata a Belalcázar, por los Correos Nacionales;

"3º Que el señor Alberto Suárez no tiene obligación legal de pagar al Tesoro Público por concepto de indemnización por la pérdida de dichas encomiendas la suma de VEINTE MIL PESOS ($ 20.000.00) MONEDA CORRIENTE, ni la suma de CIEN PESOS ($ 100.00) que se le impuso como multa;

"4º Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, el señor Alberto Suárez tiene derecho a que le sean devueltas (y se ordena devolver) las cuotas que hubiere pagado con imputación a las condenaciones que se le hicieron en los artículos pertinentes de las resoluciones mencionadas, y a que se le cubran (como se ordena cubrir) los intereses legales de esas sumas, liquidados desde la fecha de su consignación hasta cuando se verifique su devolución".

Los hechos los expuso en los siguientes puntos:

"1º El Ministerio de Correos y Telégrafos aprobó el contrato celebrado con el señor Alberto Suárez sobre conducción de correo en la línea Huila-Caquetá, publicado en el Diario Oficial número 28.966 de febrero 18 de 1956 que autenticado acompaño;

"2º Por este contrato el señor Suárez ha tenido la conducción del correo entre La Plata y Belalcázar, Puerto Valencia-Pedregal;

"3º Con fecha 20 de agosto de 1957 y con pasaporte número 185 y 186 de 17 y 19 de agosto de 1957 y planillas números 28 y 29 de las mismas fechas amparando las encomiendas números 1.189 y 1.190 de fechas 20 de agosto de la Oficina de Correos y Telégrafos de La Plata, fueron enviadas aquellas encomiendas;

"4º. Las dos encomiendas contenían la suma de diez mil pesos cada una ($ 10.000.00), despachadas por la Administradora de Correos de La Plata del Departamento del Huila, señora Soledad Morales, con el conductor RAFAEL CALDERON MONTEALEGRE;

"5º. Las encomiendas no llegaron a Belalcázar ni los $ 20.000.00 que contenían porque el conductor desapareció y aún no ha aparecido, a pesar de las diversas investigaciones particulares y oficiales;

"6º Los $ 20.000.00 se extraviaron en el trayecto de La Plata a Belalcázar, junto con todo el correo que conducía Rafael Calderón Montealegre;

"7º Rafael Calderón M. desapareció. Las inves-

tigaciones no han dado con su paradero, o si está vivo o muerto. Circulares, publicaciones, gratificación por captura; oficios a la mayor parte de las autoridades de la República, telegramas, etc., se expidieron, a más de la investigación criminal;

"8º. La señora Soledad Morales, administradora de Correos de La Plata, incurrió en la falta "consistente principalmente en haber despachado en un mismo día las dos encomiendas y no haber dado aviso de ello a la oficina de origen y a la de destino ni mucho menos al contratista de Correos señor Suárez para que hubiera puesto escolta. Este apenas tuvo conocimiento de la desaparición de las encomiendas de $ 20.000.00 cinco días después de dicho desaparecimiento;

"9º Que el quebrantamiento del artículo 516 del Decreto 1.418 de 1945, y del artículo 1º del Decretó 0142 de julio 18 de 1957 de parte de la telegrafista Administradora de La Plata (Huila) la responsabiliza totalmente por la pérdida de las encomiendas;

"10º. La Administradora de Correos de La Plata señora Soledad Morales tenía conocimiento, como lo tenía todo el público vecindario, de que merodeaban por la región unas cuadrillas de bandoleros, haciendo estragos y cometiendo toda clase de ilícitos;

"11º. A pesar de todas las diligencias investigativas, del denuncio dado por el contratista Suárez ante el Alcalde de La Plata, de la cooperación investigativa de los Administradores de Correos y autoridades de diversos Municipos, no se ha podido dar con el paradero de Rafael Calderón Montealegre, si fue simplemente desaparecido apropiándose del dinero o si fue muerto por los bandoleros".

Para eximirse de responsabilidad, el actor invoca la violación, por parte de los Administradores de Correos de Popayán y La Plata, de las normas legales que regulan la tramitación o transporte de las encomiendas de valor declarado, tales como los artículos 516, 602, 236, 240 del Decreto número 1.418 de 1945; y de este antecedente, deduce las siguientes consecuencias:

"Esta falta de estricto cumplimiento de las prescripciones anteriores por parte de las oficinas de Correos Oficiales transmitentes concurrieron en la desaparición de las encomiendas y del conductor.

"Así, las resoluciones acusadas infringieron los términos de la relación contractual en que se fundamentan y violan las disposiciones de derecho que se han citado, por no haberlas tenido en cuenta o haberlas interpretado erróneamente, porque el cumplimiento de la administración en recepción y recibo de encomiendas son factores esenciales que condiciona (sic) la responsabilidad del contratista de conducción de Correos. Al efecto, las oficinas transmitentes y la receptora, no cumplieron con sus obligaciones prescritas y transcritas. Si las hubieren cumplido, las dos remesas de diez mil pesos cada una, no las hubieran enviado simultáneamente y de todas maneras se hubieren tomado las medidas de vigilancia y seguridad por el contratista conductor. Pero el sistema rutinario de transmisión y recepción, desorganizado e incumpliendo con las disposiciones orgánicas, ponen al contratista de conducción de correos a salvo de la responsabilidad administrativa y civil por la pérdida de los veinte mil pesos ($ 20.000.00)".

Citó, en defensa de sus puntos de vista, numerosas disposiciones legales: Artículos 1.494 a 1.502; 1.592 a 1.624, en especial el artículo 1.603 del Código Civil; artículos 236, 240, 516, 524, 533, 536, 572, 573, 602, 614 del Decreto número 1.418 de 1945; artículos 74 a 80 del C. C. A., a más de las disposiciones sobre procedimiento y competencia de esta Sala.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, en la contestación de la demanda, dijo: "En relación con los hechos en que se apoya la acción, me permito manifestar atentamente que me atengo a la eficacia y conducencia de las pruebas acompañadas a la demanda y de las que se produzcan posteriormente en el juicio. Me opongo a las peticiones del libelo y niego el derecho que se invoca".

El juicio se recibió a prueba, pero no se practicó ninguna, porque las partes no lo solicitaron; de suerte que, para la decisión de este litigio, se considerarán las presentadas con la demanda.

Pruebas. Con fecha 27 de diciembre de 1955, el Gobierno celebró con Alberto Suárez un contrato sobre conducción de correos por varios itinerarios o líneas, publicado en el número 28.966 del Diario Oficial, entre cuyas estipulaciones merecen destacarse en cuanto atañe a los puntos controvertidos, las siguientes:

Las obligaciones del contratista se determinaron así:

"a) A conducir los correos nacionales de correspondencia y encomiendas (mixtos), de las líneas del Huila y Caquetá, siendo de su cargo el suministro de las escoltas para la custodia de estos correos. El Contratista prestará los servicios que todas las líneas determinan, en viajes redondos, es decir, de ida y regreso, sin limitación de

peso, dentro de los itinerarios que el Gobierno haya señalado o señalare, por los siguientes precios mensuales:..."

Después de enumerar, en los quince primeros numerales, las distintas líneas e itinerarios, en el 16 se lee: "La Plata a Belálcázar, tocando en Pedregal, servicio trisemanal, $ 160.00".

El Gobierno debía pagar los precios estipulados por mensualidades vencidas; sin embargo, en el ordinal 3º, se dijo: "El Departamento de Correos no visará cuentas a favor del Contratista, hasta tanto éste compruebe por medio de certificados expedidos por los respectivos Administradores de Correos, de haber cancelado a sus agentes, conductores, transportadores, etc., el valor de sus emolumentos por la prestación del servicio en el mes inmediatamente anterior al que se refiere la cuenta..."

"El contrato entró en vigencia el primero de enero de 1956, por el lapso de dos años.

Según el numeral 8ª, para los efectos legales, se considera incorporado en el contrato el pliego de cargos, que no fue presentado con la demanda, ni allegado durante el término de prueba.

Por documento privado de 19 de febrero de 1957, Alberto Suárez contrató con Rafael Calderón Montealegre el transporte del correo en la línea La Plata-Belalcázar, en estas condiciones: el subcontratista se obligó "a transportar tres veces por semana el correo nacional, en la línea La Plata, Puerto Valencia, Pedregal, Belalcázar y viceversa, en viaje redondo de ida y regreso por su cuenta y riesgo, a todo costo y bajo su exclusiva responsabilidad, sin limitación de peso ni de responsabilidad..."; a no servirse de otras personas en la conducción de los correos; a suministrar sacos y empaques, "como también las armas necesarias para la custodia de los mismos". Este contrato tendría un año de duración, a contar del 13 de enero de 1957; y en la cláusula sexta se dijo: "Para los efectos legales correspondientes, se entiende que entre las dos partes contratantes sólo crean las relaciones respectivas emanadas del contrato de transporte consignado en el presente documento". (Folio 77, C. Nº 1º).

La Administración de Correos de Popayán recibió del Administrador de Hacienda del mismo lugar, el 17 de agosto de 1957, la encomienda número 1.198 por un valor declarado de diez mil pesos, con destino al Recaudador de Hacienda de Belalcázar.

La Oficina de Correos de Popayán despachó la anterior encomienda con planilla número 28 para la de Belalcázar y con pasaporte número 185 para la intermedia de La Plata, en la fecha antes indicada.

La misma Administración de Hacienda, con igual destino e igual cantidad, introdujo en Popayán la encomienda número 1.190 que fue remitida con pasaporte número 186 para La Plata, el 19 de agosto de 1957.

Las dos encomiendas, remitidas por la Oficina de Popayán en **distintas fechas**, llegaron sin novedad alguna a la intermedia de La Plata, la cual las reexpidió el día 20 de agosto de 1957 a Belalcázar, por un valor total de veinte mil pesos, como se ve en el pasaporte número 99, firmado por el conductor Rafael Calderón Montealegre, quien, juntamente con las encomiendas y el correo de la misma fecha, desapareció sin que se hubiera descubierto su paradero, no obstante la diligencia empleada por el contratista Alberto Suárez.

En vista del extravío o de la sustracción de los valores, el Ministerio de Comunicaciones, en la Resolución número 128 de 17 de enero de 1958, declaró responsable de la pérdida de las dos encomiendas al contratista Alberto Suárez, imponiéndole la obligación de consignar la suma de veinte mil pesos, tres días después de notificado, en la Habilitación y Pagaduría del Ministerio, más una multa por la suma de cien pesos.

El recurso de reposición, interpuesto contra la anterior providencia, fue negado en la Resolución número 1.260 de 8 de mayo de 1958 proferida por el mismo Ministerio.

No obstante la omisión del pliego de cargos, elemento integrante del contrato, con los documentos descritos, se demostraron los siguientes hechos:

a) El Gobierno Nacional celebró con Alberto Suárez un contrato para el transporte de los correos en varias líneas de los Departamentos de Huila y Cauca;

b) A su turno, el contratista Suárez subcontrató con Rafael Calderón Montealegre la conducción del correo entre La Plata y Belalcázar;

c) La Administración de Correos de Popayán, en días distintos, remitió a la de La Plata y con destino a la de Belalcázar, dos encomiendas de valor declarado por diez mil pesos, que fueron entregadas, sin novedad alguna y en perfectas condiciones, por el mensajero Celso Rodríguez;

d) La Administración de Correos de La Plata, en un mismo día y bajo el mismo pasaporte, reexpidió las dos encomiendas, por un valor total de veinte mil pesos, a la oficina destinataria de Be-

lalcázar, que no las recibió, porque las encomiendas y la correspondencia desaparecieron con el subcontratista Rafael Calderón Montealegre.

Culpa contractual. Desde luego, la responsabilidad del Contratista Alberto Suárez no puede mirarse a la luz de las disposiciones que regulan la culpa extracontractual o aquiliana, sino en consideración a las que estudian el incumplimiento de las obligaciones contraídas, según los artículos 1.605, 1.606, 1.730, 2.071 del Código Civil y 306 del Código de Comercio, que suponen la preexistencia de un vínculo entre el acreedor y el deudor, mientras que en aquélla, en la aquiliana, la relación emana del hecho mismo culposo o doloso, causa del daño o de los perjuicios ocasionados en el patrimonio ajeno, que el responsable debe resarcir.

El incumplimiento de una obligación contractual puede atribuírse a culpa o a dolo del deudor, quien debe resarcir los perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento de la obligación, en ambos casos, pero en distintos grados y con pruebas diferentes tanto en lo que atañe a la responsabilidad como en lo que se refiere a la justificación de su conducta.

Si el acreedor prueba el dolo, el deudor deberá pagar los perjuicios en todo caso, inclusive cuando se atribuya a la conducta de sus representantes o auxiliares; y sin que le sea lícito preteder exonerarse de la responsabilidad contraída, mediante la alegación de que el acreedor, a su vez, ha incurrido en una culpa, porque estos elementos heterogéneos, dolo y culpa, no pueden compensarse, como sí puede suceder, en forma total o parcial, en el caso de concurso de culpas.

En cambio, cuando se trata del incumplimiento por culpa, la responsabilidad del deudor se presume, o mejor, se trata de demostrar un hecho que ha extinguido la obligación (artículo 329 del Código Judicial, artículo 1.625, numeral 7º del Código Civil), el cual incumbe probarlo a quien lo alega, de acuerdo con el artículo 1.757 del Código Civil o sea, al deudor que pretende liberarse de la obligación y del resarcimiento de los perjuicios causados al acreedor.

La culpa contractual consiste en la omisión de la debida diligencia del deudor, para cumplir la obligación en el tiempo oportuno y en forma completa; porque, mientras tenga la calidad de deudor, está en el deber de observar una conducta adecuada y eficaz para estar en situación de cumplir exactamente con la obligación contraída.

De manera, pues, que en algunos casos, basta que el deudor pruebe la ausencia de culpa, para que quede liberado de la obligación de resarcir los perjuicios o daños ocasionados con el incumplimiento; sin embargo, en otros no basta esto, si no que ha menester demostrar un hecho concreto que ha impedido el cumplimiento, como el caso fortuito o la fuerza mayor, que ocurra independientemente de todo acto u omisión del deudor, pues, en caso contrario, tampoco le servirá la demostración del caso fortuito o de la fuerza mayor, para liberarse de la obligación o de resarcir los perjuicios, en su caso.

La naturaleza de la respectiva obligación, tal como la haya reglamentado o regulado la ley, indicará qué hecho o hechos debe probar el deudor con el fin de que la obligación se considere extinguida. Así en el caso concreto del transporte, las obligaciones de las partes, están definidas en el Título Quinto del Código de Comercio y en los artículos 2.070 a 2.078 del Código Civil, que imponen al portador la obligación de entregar o restituír la cosa objeto de la conducción, a la vez que determina la extensión de los deberes que le incumben, en estos términos, según el artículo 306 del Código de Comercio: "El porteador responde de la culpa grave y leve, en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte.

"Se presume que la pérdida, avería o retardo, ocurren por culpa del porteador.

"Para exonerarse de toda responsabilidad, el porteador deberá probar que el caso fortuito no ha sido preparado por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que ha causado la pérdida, la avería o el retardo".

El artículo 2.073 del Código Civil dispone: "El acarreador es obligado a la entrega de la cosa en el paraje y tiempo estipulados, salvo que pruebe fuerza mayor o caso fortuito.

"No podrá alegarse por el acarreador la fuerza mayor o caso fortuito que pudo con mediana prudencia o cuidado evitarse".

De las disposiciones transcritas, perfectamente armónicas, se deduce que el transportador solamente se libera de la obligación con la demostración de un caso fortuito o fuerza mayor, que no pudo prever o evitar con mediana prudencia y cuidado, el cual, además sobrevino independientemente de todo acto u omisión del deudor.

Además, el último inciso del artículo 2.072 del Código Civil dice: "Y tendrá lugar la responsabilidad del acarreador, no sólo por su propio hecho,

sino por el de sus agentes o sirvientes"; y en esta forma, la ley ha establecido la responsabilidad indirecta del transportador, para responder de los actos y omisiones de los auxiliares, agentes o representantes encargados de llevar a efecto la conducción de la carga.

En esta forma, el contratista responde de los hechos cometidos por el auxiliar o agente Rafael Calderón Montealegre, quien desapareció juntamente con las dos encomiendas como con los demás efectos postales, entregados para su cuidado, conservación y transporte entre La Plata y la vecina población de Belalcázar.

Si la pérdida de las encomiendas debe atribuírse a un delito cometido por el auxiliar, agente o mensajero Calderón, y si el contratista Suárez no responde criminalmente, sí tiene que hacerlo civilmente, mediante la reparación del daño ocasionado, que incluye, cuando menos, el pago del valor de las encomiendas, objeto del ilícito, llámese abuso de confianza o peculado.

Si hubo dolo por parte del agente del contratista, es obvio, por lo dicho antes, que no puede alegar culpa de la Administración para descargarse de la responsabilidad que le incumbe, porque puede hablarse de compensación de culpas, mas no de culpa con actos dolosos o ilícitos, que pertenecen a distintas categorías jurídicas, ni guardan una necesaria relación de causalidad, ni sería moral excusar las consecuencias del delito con fundamento en la culpa de otro contratante.

Se sugiere, auncuando no se ha demostrado nada en concreto, la posibilidad de que el agente o mensajero Calderón haya sido víctima de un asalto de los bandoleros que, según el decir del actor, afectaban la región; en otras palabras, se aduce una fuerza mayor, que no sería suficiente para descartar la responsabilidad del contratista Suárez, aparte de que falta la prueba del asalto, porque si la región estaba en tales condiciones de inseguridad, debió tomar las precauciones del caso, con el fin de proteger la conducción del correo entre La Plata y Belalcázar, en especial dando cumplimiento a lo expresamente pactado en el contrato de suministrar "las escoltas para la custodia de estos correos"; y esto no en una forma puramente ocasional, sino continua y permanente, para que esté a tono con la naturaleza del peligro o del riesgo que amenazaba la seguridad del transporte de los efectos postales.

En suma, si se consumó el asalto (que no está demostrado) se debió a que el contratista no tomó las precauciones necesarias, no solamente indicadas por la prudencia, sino previstas, estipuladas y ordenadas en el contrato; de manera que su responsabilidad, aún en la hipótesis del asalto, está claramente definida en las disposiciones legales antes citadas, contenidas en el inciso 2º del artículo 2.073 del C. C. y 3º del artículo 306 del Código de Comercio.

Con el fin de compartir responsabilidades, el actor aduce algunos hechos que estima culposos por parte de las oficinas de correos, que se procede a estudiarlos separadamente.

En primer término alega la violación del artículo 516 del Decreto número 1.418 de 1945, por cuanto las oficinas de Popayán y La Plata despacharon las dos encomiendas en la misma fecha y con el mismo destino, por un valor superior al previsto en la mencionada disposición, que dice: "La cuantía de las encomiendas de valor declarado, no podrá exceder de dos mil pesos para las particulares, y de diez mil pesos para las oficiales (por remitente, por plaza de destino y por día)..."

Respecto de las cuestiones de hecho, como atrás se dijo ya, la Administración de Popayán, remitente original, cumplió con despachar las encomiendas en distinta fecha; en cuanto a la de La Plata, oficina intermedia o reexpedidora, envió las dos encomiendas en la misma fecha, pues así lo comprueba el pasaporte expedido a Rafael Calderón Montealegre; sin embargo, esta circunstancia no comporta una culpa para la Adimnistración, por las siguientes razones:

a) En el contrato celebrado por el actor con el Gobierno no limitaron la cuantía de las encomiendas de valor declarado, ni en forma directa ni indirectamente; por tanto, por tratarse de un contrato de transporte, no se le pueden aplicar disposiciones ajenas a su naturaleza, no previstas en las estipulaciones;

b) El artículo citado regula el servicio interno de las distintas estafetas, sujetas a las normas señaladas en el Decreto 1.418 de 1945, con el fin de ajustar las relaciones de los empleados con el Gobierno, deducirles responsabilidades por las irregularidades, etc., etc.; pero no entre éste y el contratista encargado del transporte de la correspondencia, que deben considerarse según las estipulaciones del contrato y de las normas previstas en el Código de Comercio para esta clase de negocios jurídicos.

c) El invocado artículo 516 prohibe recibirle al mismo remitente si es particular, más de una encomienda por suma mayor a la de dos mil pesos, y si es oficial, por más de diez mil, en el mismo día y con el mismo destino; pero no veda que varios particulares, por ejemplo veinte, consignen

otras tantas encomiendas por dos mil pesos cada una; ni que varias entidades oficiales o semioficiales, verbigracia cinco, depositen cada cual una encomienda por diez mil pesos en el mismo día y con el mismo destino, que el contratista no podría negarse a transportarlas todas, en el mismo día; por tanto, el artículo 516 no se encamina a limitar la cuantía de las encomiendas que éste está en el deber de transportar a un determinado lugar o a varios, dentro del mismo itinerario, con el mismo mensajero, agente o auxiliar y en la propia fecha; de manera, pues, que la limitación del artículo citado opera en cuanto atañe a los empleados oficiales, mas no afecta o no es admisible en cuanto concierne al contratista, a quien le da lo mismo que una encomienda por veinte mil pesos sea consignada por una o por diez personas.

d) Además, la prohibición contenida en el artículo 516, respecto de los empleados oficiales, no se aplica sino a las estafetas remitentes de origen, porque en cuanto se refiere a las intermedias o o reexpedidoras, deben cumplir con el artículo 560 del mismo Decreto, el cual ordena: "Será obligatorio despachar las encomiendas por el inmediato correo que, después de su recibo, salga de la Oficina de origen o tránsito de las mismas y que debe conducirlas de acuerdo con el artículo anterior". En consecuencia, si en una estafeta intermedia o de tránsito, como la de La Plata, se juntan varias encomiendas, aun cuando estén dentro de los casos previstos en el artículo 516, deben despacharse inmediatamente, en obedecimiento al artículo 560, que no le dá facultad al empleado para establecer turnos en la remisión, sino que le ordena hacerlo por el inmediato correo, sin limitación del número ni de la cuantía, así procedan de un solo lugar o de varios.

Por lo dicho, no existe la culpa que se pretende imputar a la Administración por la supuesta violación del comentado e interpretado artículo 516 del Decreto 1.418 de 1945.

Asimismo, el actor afirma que la Oficina de La Plata no dio aviso del caso ni al contratista, ni a la oficina destinataria de la remisión de la encomienda por valor de veinte mil pesos, según circular del Ministerio de Comunicaciones y conforme a lo dispuesto en el artículo 602 del Decreto 1.418 de 1945, omisión que hizo posible la sustracción o apropiación de la encomienda por el mensajero o auxiliar Calderón Montealegre.

Tampoco los motivos alegados establecen un concurso de culpas por estos motivos:

a) Como se dijo ya, puede existir concurso o compensación de culpas, pero no de actos dolosos o delitos con culpas, porque sería inmoral excusar un hecho ilícito por una negligencia o descuido de la víctima, como sería paliar un robo por el mal estado de las cerraduras o por otra causa similar. Por tanto, del delito de abuso de confianza o de peculado, por el aspecto puramente civil, responde el contratista Suárez, porque la honradez o moralidad del mensajero o auxiliar Calderón Montealere no podía estar condicionada a que se dieran por la Oficina de La Plata, los hipotéticos avisos reclamados ahora e invocados como causal de irresponsabilidad del actor.

b) No se ha probado la existencia de la circular del Ministerio de Comunicaciones, sobre los pretendidos avisos o anuncios a las oficinas intermedias y de destino, respecto de las encomiendas de valor despachadas; además, tales circulares tienden a mejorar la organización interna del servicio y a delimitar responsabilidades de los empleados, en sus relaciones con el Gobierno, en desarrollo de la situación reglamentaria en que se hallan como servidores públicos.

c) En el contrato no se estipuló que el Gobierno asumiera la obligación de dar avisos especiales al contratista, sino que, al contrario, a éste le incumbía poner una especial diligencia y cuidado para cumplir con entregar la correspondencia en forma exacta, completa y oportuna en las oficinas respectivas, para satisfacer así con una obligación de resultado, mediante una actividad propia o ajena.

d) El artículo 602 del Decreto citado, en cuanto dispone que los Jefes de Oficina deben cerciorarse de si las encomiendas "introducidas y de tránsito han sido despachadas puntualmente, y las RECIBIDAS (subraya la Sala), entregadas o anunciadas correctamente", no alude a los contratistas sino a los destinatarios de las encomiendas, a quienes se les deben pasar los avisos, para que se presenten a retirarlas oportunamente (artículos 584 y ss. ibídem).

El artículo 518 del mencionado Decreto enumera los objetos de prohibida circulación en el correo, entre los cuales no se menciona, ni sería posible, el dinero enviado como encomienda de valor declarado.

En fin, las distintas formalidades o diligencias previstas en los artículos 236 a 240 del citado Decreto, se refieren a encomiendas que llegan a su destino, pero averiadas o en malas condiciones, como expoliadas, etc.; en el presente caso, como la encomienda no llegó, el empleado de Belalcázar mal podía levantar acta alguna por sustracción de materia.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ABSUELVE a la Nación de los cargos formulados por Alberto Suárez en la demanda de fecha 30 de junio de 1958.

Costas a cargo del demandante.

Publíquese, cópiese, notifíquese, e insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente, previas las cancelaciones necesarias.

Luis Carlos Zambrano—Ramiro Araújo Grau.—Efrén Osejo Peña—Carlos Peláez Trujillo—Jorge García Merlano, Secretario.

PARA EFECTO DE LA PRUEBA DEL PARENTESCO HAY LUGAR A DISTINGUIR ENTRE ESTE COMO HECHO NATURAL O COMO CAUSA DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS. — LA PRUEBA ESPECIFICA ESTABLECIDA EN EL TITULO 20 DEL LIBRO I DEL CODIGO CIVIL SOLO ES EXIGIBLE CUANDO SE LE ENTIENDE COMO "STATUS" PERSONAL, MAS NO CUANDO SOLO SE TRATA DE ACREDITARLO CON UN OBJETO QUE NO CONCIERNE AL ESTADO CIVIL

Desde dos diferentes puntos de vista cabe considerar la condición de las personas: como estado, o como hecho de orden natural o social. Como estado, se subordina a la reglamentación de la ley y es fuente de derechos y de deberes jurídicos: es un status tal como se le entiende desde los jurisconsultos romanos: mas que como una aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones (Código Civil, 346) como una situación jurídica concreta que define la personalidad y condiciona la conducta frente a la familia (Privata hominis et familiae jure) y frente al Estado (publica, civitatis jura) (Ley 153 de 1887, 20); como hecho, tiene su origen en la naturaleza o las costumbres y da lugar a deberes morales o convenciones sociales. Por eso cuando de alguien se dice que tiene el estado civil de padre de familia (status familiae), se está denotando que le corresponden, respecto del hijo, los derechos y obligaciones que las leyes señalan a los padres, esto es, que se encuentra en la situación jurídica que emana del hecho natural de la paternidad; mientras que cuando simplemente se afirma que un sujeto es el padre de otro, sólo se está expresando un fenómeno de orden filogénico, que en ocasiones se hace necesario acreditar con finalidad distinta de la de establecer la situación jurídica que de él emana.

Admitido lo anterior, no hay dificultad en aceptar también que cuando en el Título 20 del Libro I del Código Civil se establece una especie probatoria de excepción para comprobar el estado civil (De las pruebas del estado civil, se llama el título), ha de entenderse que él se está refiriendo a la situación jurídica concreta (derechos adquiridos) que reglamentan los inmediatamente anteriores, esto es, al complejo de relaciones de derecho comprendidas en el status familiae, que es la materia de tales títulos, y no al mero hecho de la existencia entre dos personas de un vínculo de parentesco impuesto por la naturaleza o las instituciones sociales, que si es la causa del estado civil no constituye por sí solo ese estado civil. En cambio, el numeral 3º del artículo 370 del Código Judicial nada tiene que hacer con el status personal en cuanto condición que implica ciertas relaciones jurídicas, sino que alude al parentesco como fenómeno natural creador de deberes morales que en determinadas circunstancias pueden llegar a justificar la omisión de ciertas cargas procesales.

Claramente se desprende de lo que se deja explicado, que si el establecimiento del parentesco como fundamento del estado civil, es decir, como causa del conjunto de relaciones jurídicas reglamentadas en los primeros títulos del Código y en otras normas que los desarrollen, está sujeto a la restricción probatoria consagrada en el ya mencionado título 20, no pasa lo mismo cuando se trata de acreditarlo, no ya para establecer el status personal, sino otros efectos distintos de los comprendidos en él. En otras palabras, hay lugar a la susodicha restricción cuando procede demostrar el estado civil, mas no cuando basta comprobar el parentesco para otros fines.

En el caso planteado nada se debate que tenga relación con el estado civil, sino que el parentesco —que per se no constituye un status sino un hecho natural— crea deberes de afección que en cierto grado y circunstancias excusa el no haber hecho uso del término probatorio para solicitar pruebas. La necesidad que siente un padre de permanecer junto al lecho de su hijo gravemente enfermo, sin atender a otros menes-

teres, no es un deber jurídico sino que tiene raíz en la afectividad. No es por tanto exigible una prueba específica para demostrarlo, sino que puede hacerse con cualquiera otro medio idóneo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

Por medio de providencia fechada el 24 de octubre de 1958, el señor Magistrado ponente dispuso recibir a pruebas el presente juicio, promovido por José Santos Cabrera contra la Nación porque se declare que le pertenece el subsuelo del predio denominado Río Ciego, situado en el municipio de San Bernardo del Viento, en el Departamento de Córdoba. El auto fue notificado en la forma que previene la ley, pero las partes no hicieron uso del término para solicitar las pruebas.

Expirado el correspondiente período, el representante judicial del actor pidió restitución, de conformidad con lo prescrito en el artículo 372 del Código Judicial, en escrito de 19 de noviembre, solicitud que fundó en enfermedad grave de una hija suya.

"La causa de esta involuntaria omisión —dice, refiriéndose al motivo que le impidió hacer uso del término— ha sido la gravísima enfermedad de mi hija Martha a quien tuvimos necesidad de hospitalizar en la Clínica Palermo donde aún se encuentra) y con quien mi señora y yo tuvimos que internarnos para dedicar todos nuestros esfuerzos, nuestro tiempo, nuestros desvelos y cuidados exclusivamente a la salvación de la vida de esa niña".

Para demostrar su aserto ofreció los testimonios de los médicos doctores Jorge Kattah y Carlos Castro Movilla, quienes atestiguan el hecho, y además la filiación de la enferma.

Con estos antecedentes, el señor Magistrado ponente profirió el auto de 27 de mayo del presente año, en que decreta la restitución del término a partir del 20 de octubre de 1958 y dispone que en consecuencia las partes podrán pedir las pruebas que estimen conducentes dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

Contra ella interpuso el señor Procurador Delegado en lo Civil recurso de súplica, en escrito de 2 de junio del año en curso, en el cual manifiesta: "Dentro de nuestro rígido sistema probatorio, para demostrar las circunstancias a que hace referencia la disposición en cita, no sólo se requiere, como ha acontecido en estos autos, acreditar la enfermedad grave de la persona que ocasionó la interrupción del distinguido apoderado del actor en la vigilancia del negocio, sino el grado de parentesco que dicha persona tiene con él. Y ella (sic) no admite otro género de medio de convicción, que las correspondientes partidas de origen civil, que brillan por su ausencia en el incidente. Por tanto en este evento procesal, no se halla acreditado legalmente el extremo que se echa a menos, que es, el grado de parentesco a que alude el numeral 3º del artículo 370 del C. J.".

El motivo de inconformidad del señor Procurador es, así, la especie probatoria —testimonios— allegada por el incidentante para establecer su calidad de padre de la niña enferma.

Con ocasión del recurso de súplica se trajo más tarde a los autos la respectiva acta civil de nacimiento, pero la Sala no puede tenerla en cuenta por no haber sido presentada en la debida oportunidad.

Desde dos diferentes puntos de vista cabe considerar la condición de las personas: como **estado**, o como **hecho** de orden natural o social. Como **estado**, se subordina a la reglamentación de la ley y es fuente de derechos y de deberes jurídicos: es un **status**, tal como se le entiende desde los jurisconsultos romanos: mas que como una aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones (Código Civil, 346) como una situación jurídica concreta que define la personalidad y condiciona la conducta frente a la familia **privata hominis et familiae jure)** y frente al Estado **(publica, civitatis jura)** (Ley 153 de 1887, 20); como hecho, tiene su origen en la naturaleza o las costumbres y da lugar a deberes morales o convenciones sociales. Por eso cuando de alguien se dice que tiene el estado civil de padre de familia **(status familiae)**, se está denotando que le corresponden, respecto del hijo, los derechos y obligaciones que las leyes señalan a los padres, esto es, que se encuentra en la situación jurídica que emana del hecho natural de la paternidad; mientras que cuando simplemente se afirma que un sujeto es el padre de otro, sólo se está expresando un fenómeno de orden filogénico, que —como ocurre en este caso— en ocasiones se hace nece-

sario acreditar con finalidad distinta de la de establecer la situación jurídica que de él emana.

Admitido lo anterior, no hay dificultad en aceptar también que cuando en el título 20 del Libro I del Código Civil se establece una especie probatoria de excepción para comprobar el **estado civil (De las pruebas del estado civil)**, se llama el título), ha de entenderse que él se está refiriendo a la situación jurídica concreta (derechos adquiridos) que reglamentan los inmediatamente anteriores, esto es, al complejo de relaciones de derecho comprendidas en el **status familiae,** que es la materia de tales títulos, y no al mero hecho de la existencia entre dos personas de un vínculo de parentesco impuesto por la naturaleza o las instituciones sociales, que si es la causa del estado civil no constituye por sí solo ese estado civil. En cambio, el numeral 3º del artículo 370 del Código Judicial nada tiene que hacer con el **status** personal en cuanto condición que implica ciertas relaciones jurídicas, sino que alude al parentesco como fenómeno natural creador de deberes morales que en determinadas circunstancias pueden llegar a justificar la omisión de ciertas cargas procesales.

Claramente se desprende de lo que se deja explicado, que si el establecimiento del parentesco como fundamento del **estado civil,** es decir, como causa del conjunto de relaciones jurídicas reglamentadas en los primeros títulos del Código y en otras normas que los desarrollen, está sujeto a la restricción probatoria consagrada en el ya mencionado título 20, no pasa lo mismo cuando se trata de acreditarlo, no ya para establecer el **status** personal, sino otros efectos distintos de los comprendidos en él. En otras palabras hay lugar a la susodicha restricción cuando procede demostrar el **estado civil,** mas no cuando basta comprobar el parentesco para otros fines.

En el caso planteado nada se debate que tenga relación con el estado civil, sino que el parentesco —que **per se** no constituye un **status** sino un hecho natural— crea deberes de afección que en cierto grado y circunstancias son suficientes para excusar el incumplimiento de las cargas procesales de que ya se habló. La necesidad que siente un padre de permanecer junto al lecho de su hijo gravemente enfermo, sin atender a otros menesteres, no es un deber jurídico sino que tiene raíz en la afectividad .No es por tanto exigible una prueba específica para demostrarlo, sino que puede hacerse con cualquiera otro medio idóneo. Y como, por otra parte, aparece suficientemente comprobada la segunda causal establecida en el numeral 3º del artículo 370 con las declaraciones de los médicos Jorge Kattah Yamhure y Carlos Castro Movilla, no es el caso de infirmar la providencia objeto del recurso.

En consecuencia, se confirma el auto proferido en este juicio por el señor Magistrado ponente el veintisiete de mayo del año en curso.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Carlos Zambrano—Ramiro Araújo Grau—Carlos Peláez Trujillo—Jorge García Merlano,

Secretario.

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y LA LEGITIMACION EN CAUSA. — LA LEGITIMACION PARA OBRAR NO CONCIERNE A LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEY PARA LA CONSTITUCION REGULAR DE LA RELACION JURIDICO-PROCESAL Y SIN LOS CUALES NO PUEDE INICIARSE NI DESARROLLARSE EFICAZMENTE UN PROCESO, SINO QUE ELLA SE IDENTIFICA CON LA TITULARIDAD PARA DEMANDAR Y SER DEMANDADO Y ES, EN CONSECUENCIA, UN ELEMENTO ESTRUCTURAL DE LA ACCION EN CADA CASO. — RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL CONTRA QUIEN OCASIONA EL DAÑO PROVENIENTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS. — ELEMENTOS DE ESTA ACCION. — EN ESTOS JUICIOS NO SE VENTILA UNA CUESTION DE DOMINIO TENDIENTE A DEFINIR EN CABEZA DE QUIEN SE ENCUENTRA RADICADO SINO QUE SE CONTROVIERTEN SIMPLES OBLIGACIONES PERSONALES QUE HAN PODIDO PRODUCIRSE CON OCASION DE ESE DERECHO

1.—La existencia de la identidad entre la persona del demandado y aquella contra la cual la ley concede la acción, determina la legitimación pasiva en la causa. Como al actor corresponde la prueba de las condiciones de su acción, por tanto le incumbe demostrar no sólo su calidad de titular del derecho invocado, sino la calidad de obligado en el sujeto pasivo de aquélla.

Apoyándose en muy autorizados conceptos de modernos procesalistas y especialmente a partir de la sentencia proferida el 19 de agosto de 1954, la Corte ha esclarecido el anterior punto en la citada y numerosas decisiones posteriores, en las que se logra un claro avance en la fijación doctrinal de los presupuestos procesales, distinguiéndolos de la legitimatio ad causam.

De acuerdo con tal criterio la legitimación para obrar no concierne a los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal y sin los cuales no puede iniciarse ni desarrollarse válidamente un proceso, sino que ella se identifica con la titularidad para demandar y ser demandado y es, en consecuencia, un elemento estructural de la acción en cada caso. Al hacer en el aludido fallo la Corte el señalamiento de los presupuestos procesales en todos los juicios (demanda en forma, competencia del Juez, capacidad para ser parte y capacidad para obrar procesalmente), ha dicho que ellos "son condiciones previas indispensables para que el Juez pueda proveer en el fondo del negocio", por lo cual deben hallarse reunidos para obtener cualquiera resolución, favorable o desfavorable, sobre el mérito de la acción incoada. Son, pues, bases necesarias y esenciales del juicio, de la litis ante los Jueces. Esta la razón para que allí mismo se exprese que "el Juez, antes de entrar a conocer de la acción ejercitada y de decidir sobre las pretensiones deducidas en el juicio, oficiosamente ha de examinar y declarar si existen o nó los presupuestos procesales. Si falta alguno de estos requisitos, el Juez debe inhibirse de fallar en el fondo del negocio para que las partes puedan hacer valer sus derechos dentro de las normas procesales de rigor, sin que el juzgador pueda entrar en el examen de la acción instaurada. En este caso, las pretensiones del actor son desestimadas por motivos meramente procesales; no por improcedencia sustancial sino por inconducencia formal".

En cambio, por legitimación en causa o legitimación para obrar —según Chiovenda— "se entiende la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción) legitimación pasiva..."

Después de acoger estos principios doctrinales y de aclarar que es ésta una cuestión atinente a la titularidad del derecho de acción o de contradicción, agrega la Corte

que "cuando el Juez dicta sentencia de fondo adversa a la demanda por carencia de legitimación en la causa del actor o del demandado, niega la acción por defecto de titularidad en el sujeto activo o pasivo de la acción, bien porque el actor no tiene la calidad para instaurarla, o bien porque el demandado no tiene la calidad para responder por ella". Aparece claro que al faltar la legitimatio ad causam o titularidad así explicada, como cuestión de fondo que es, no puede prosperar la acción y el fallador debe proveer en sentido desfavorable a lo pedido en la demanda, según sea activa o pasiva la ausencia de legitimación.

2.—Una constante jurisprudencia de la Corte ha aceptado, como apenas era natural, que la actividad desarrollada por los ferrocarriles se caracteriza por su peligrosidad. También esta Corporación desde el año de 1938 y en innúmeros fallos posteriores ha venido sosteniendo la doctrina de que el artículo 2.356 del Código Civil consagra una presunción de responsabilidad contra quien ocasiona el daño cuando éste provenga de actividades de la naturaleza de la indicada. "En estos casos le basta a la víctima demostrar los hechos que determinan el ejercicio de la actividad peligrosa y el perjuicio sufrido, y será el demandado quien para exonerarse de responsabilidad deberá probar que el accidente ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima, o por fuerza mayor o caso fortuito, o por intervención de un elemento extraño" (Casación de 23 de abril de 1954, LXXVII, 413, y las que en ella se citan). Dicha presunción —según la misma Corte (LXI, 572)— afecta no sólo "al dependiente o empleado que obra en el acto de peligrosidad, sino también al empleador o dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño".

Para que pueda deducirse una responsabilidad de tal naturaleza, como es bien sabido, se necesita que el demandante compruebe los siguientes elementos de la acción, a saber: un daño; que éste fue causado en ejercicio de una actividad peligrosa; y, que de dicha actividad responde el demandado. Acreditado lo anterior se presume la culpabilidad del demandado y el nexo causal entre aquélla y el perjuicio; correspondiendo a aquél demostrar una de las causas eximentes ya indicadas.

Por cuanto en juicios como éstos no se ventila una cuestión de dominio tendiente a definir en cabeza de quién se encuentra radicado, sino que se controvierten simples obligaciones personales que han podido producirse con ocasión de ese derecho, la jurisprudencia nacional, en tratándose de bienes raíces y para la demostración de este extremo de la acción en juicio de responsabilidad extracontractual, no siempre ha exigido el medio específico probatorio predicado por ordenamienos legales para acreditar el derecho real de dominio sobre dichos bienes, pues ha aceptado que la verdad de ese hecho se establezca con otros elementos de convicción (T. LXVII, Pág. 882).

El fundamento de la responsabilidad consagrada en el artículo 2.356 del Código Civil radica en la peligrosidad de la actividad que causa el daño, por lo cual, para deducirla, es menester determinar y establecer en cada caso concreto quién es el responsable de esa actividad peligrosa, a fin de saber qué persona soporta la carga de tal responsabilidad presuntiva, como lo anota con acierto el tratadista A. Pérez Vives (Teoría General de las Obligaciones. Primera Parte, Volumen II, Págs. 376-77).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintinueve de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

El abogado Jorge Lalinde Viveros, obrando en su carácter de mandatario judicial de las personas que más adelante se designan en la petición primera de la demanda, promovió juicio ordinario de mayor cuantía contra el Departamento de Antioquia, ante el Tribunal de Medellín, a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que el Departamento de Antioquia, como propietario que es de la empresa denominada "Ferrocarril de Antioquia", es responsable, y por lo tanto debe pagar todos los perjuicios materiales y morales causados a la señora Carmen Rosa Freydell viuda de Escobar y a Blanca, Hernando, Ofelia, Luis Enrique, Josefina, Virginia, Darío, Amanda, Aníbal, Julieta y Oscar Escobar Frey-

dell por causa o motivo del accidente ferroviario ocurrido el 21 de julio de 1953, en el cruce de la línea o carrilera del ferrocarril con la 'Avenida Amador' de esta ciudad de Medellín, y que dio por resultado la muerte de su esposo y padre don Julio Escobar D.

"2ª. Que como consecuencia de la declaración anterior, el Departamento de Antioquia deberá pagar a las personas nombradas, dentro del término que la sentencia señale, la cantidad de veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00), por los perjuicios morales y la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00) por los perjuicios materiales, que unos y otros sufrieron con la muerte de don Julio Escobar D.

"**Subsidiariamente**, 1ª Que la condena a que alude la petición anterior se haga por la cantidad que fijen peritos en este juicio o en otro distinto, como valor de los perjuicios morales y materiales sufridos por los demandantes con ocasión de la muerte de su esposo y padre Julio Escobar D.

"2ª) Igualmente en subsidio de las dos peticiones principales, pido que la condena se haga a favor de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de don Julio Escobar D. y doña Carmen Rosa Freydell viuda de Escobar, representada hoy por esta última.

"3ª) Más en subsidio de las peticiones principales, pido que se condene al Departamento de Antioquia a pagar a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que formaran don Julio Escobar y doña Carmen Rosa Freydell viuda de Escobar y a la sucesión del mismo señor don Julio Escobar D., representada por sus hijos ya nombrados, la suma de dinero que fijen peritos por los perjuicios morales y materiales que se les ocasionaron con la muerte de su esposo y padre ya citado".

Hechos sustentadores de las anteriores súplicas, son los que en seguida se sintetizan:

El día 21 de julio de 1953, a las nueve de la mañana y en el sitio en donde la vía del Ferrocarril de Antioquia atraviesa la calle Amador, lugar ubicado en el barrio Guayaquil de la ciudad de Medellín, el autoferro número 12, conducido por Marco Aurelio Ortega y perteneciente al Ferrocarril ya citado, atropelló a Julio Escobar D., quien por consecuencia del accidente sufrió graves lesiones que determinaron su fallecimiento el 23 de octubre del mencionado año. Tal suceso se debió a que el conductor de la máquina automotora no la frenó oportunamente, pudiendo hacerlo así, ya que en ese sitio la línea férrea se extiende en una larga recta y la visibilidad es perfecta. El día del accidente y en el lugar donde ocurrió el atropello, no tenía el Ferrocarril de Antioquia los aparatos técnicos exigidos por disposiciones legales para prevenir los riesgos, ni el guardavía desarrolló acción alguna para evitar el hecho. Julio Escobar, a la época de su muerte, recibía del Departamento de Antioquia una pensión vitalicia de jubilación de sesenta pesos mensuales, y, además, de sus actividades comerciales derivaba una renta por mes de quinientos pesos, cantidades éstas que destinaba al sostenimiento de su hogar. La muerte de Escobar, hombre ejemplar en el cumplimiento de sus deberes ciudadanos y privados, ocasionó a sus deudos ya mencionados una pena y un dolor intensos e irreparables, por todo lo cual sufrieron serios perjuicios morales y materiales con su muerte.

Escobar contrajo matrimonio con Carmen Rosa Freydell el 22 de febrero de 1909, por los ritos de la Iglesia Católica, y en esa unión procrearon a los descendientes que se nombran en la parte petitoria de la demanda; en el juicio sucesorio de aquél, que cursó en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, fueron reconocidos como interesados y herederos del causante sus ya citados hijos y la cónyuge.

El Gobernador del Departamento de Antioquia, al contestar el traslado de la demanda, negó los hechos fundamentales en que se apoya, se opuso a la acción incoada y propuso, con fundamento en los artículos 329 y 341 del Código Judicial, las excepciones de ausencia de culpa y ausencia de responsabilidad de la entidad demandada, como también la de ilegitimidad de la personería de la misma "para el caso de que no se pruebe debidamente la relación de propiedad entre el Departamento de Antioquia y el Ferrocarril del mismo nombre".

El Tribunal en sentencia de fecha 17 de octubre de 1958, absolvió al Departamento en referencia de los cargos de la demanda, por defecto de titularidad en el sujeto pasivo de la acción.

De esta decisión judicial apeló el actor y después surtióse ante la Corte el trámite de la segunda instancia, por lo cual el negocio se encuentra listo para recibir la sentencia que desate la alzada.

Si se atiende a las declaraciones y condenas impetradas en el libelo principal, a los fundamentos de hecho y de derecho allí mismo invocados, se concluye que en esta acción los perjuicios materiales y morales reclamados directamente por los actores se derivarían de la responsabilidad civil

extracontractual e indirecta que debe deducirse a la entidad de derecho público demandada por causa del accidente ocurrido el 21 de julio de 1953, al atropellar a Julio Escobar D. un vehículo automotor del Ferrocarril de Antioquia, de propiedad del Departamento del mismo nombre y conducido por un maquinista al servicio de esa empresa, el cual determinó la muerte de dicha persona, esposo y padre de los demandantes.

En el fallo de primer grado se hace un análisis de los elementos de convicción allegados al juicio por los demandantes, especialmente dirigidos a establecer: la muerte de Escobar D., acreditada con la correspondiente partida de origen civil, el acta del levantamiento del cadáver, diligencia de necropsia y declaraciones de identificación; el matrimonio de Carmen Rosa Freydell con el dicho Escobar y la calidad de hijos legítimos del fallecido en los demás actores, hechos comprobados con las pertinentes partidas de origen eclesiástico, como también con las copias del auto sobre apertura de la sucesión de Escobar y el de reconocimiento de herederos e interesados.

La aludida sentencia, después de estimar que las anteriores probanzas acreditan con suficiencia la personería sustantiva y adjetiva de los actores, se apoya en estos razonamientos fundamentales para su final decisión absolutoria:

"No aparece debidamente demostrado uno de los elementos de la acción, o sea la legitimación en causa; puesto que la parte actora no tuvo la precaución, luégo de afirmarlo en el libelo de demanda (hecho 1º de la parte petitoria, folio 6 vuelto, cuaderno Princ.), que el Ferrocarril de Antioquia pertenezca al Departamento de Antioquia, al cual correspondía el autoferro número 12 que ocasionó la muerte del señor Julio Escobar D. No puede aceptarse como un hecho notorio y público, porque no puede confundirse el hecho notorio de la existencia del Ferrocarril, con el de propiedad por parte del Departamento de Antioquia".

Y más adelante, previa invocación de una sentencia dictada por la Corte en caso similar al actual, renueva el fallo recurrido su argumentación en esos términos: "En el caso de autos, desde la contestación de la demanda, el Departamento propuso como defensa y negó los hechos pertinentes, en que se dá a entender que el Departamento es dueño de la empresa ferroviaria y niega y se opone rotundamente a la parte petitoria de la misma donde se afirma tal propiedad por parte de la entidad demandada. Como no se demostró que el Departamento es dueño de la empresa ferroviaria, no está establecido uno de los elementos básicos de la acción, o sea la legitimación en causa y habrá de negarse la acción por defecto de titularidad en el sujeto pasivo de ella, por no tener la calidad para responder por ella".

Planteado el debate en torno a la cuestión fundamental antes indicada, debe dilucidarse si la presente acción se ha intentado contra la persona obligada en virtud de la relación jurídica substancial que se pretende deducir en juicio, es decir, si existe identidad entre la persona del demandado y aquella contra la cual la ley concede la acción, pues la existencia de tal calidad determina la legitimación pasiva en la causa. Como al actor corresponde la prueba de las condiciones de su acción, por tanto le incumbe demostrar no sólo su calidad de titular del derecho invocado, sino la calidad de obligado en el sujeto pasivo de aquélla.

Apoyándose en muy autorizados conceptos de modernos procesalistas y especialmente a partir de la sentencia proferida el 19 de agosto de 1954, la Corte ha esclarecido el anterior punto en la citada y numerosas decisiones posteriores, en las que se logra un claro avance en la fijación doctrinal de los presupuestos procesales, distinguiéndolos de la **legitimatio ad causam.**

De acuerdo con tal criterio la legitimación para obrar no concierne a los requisitos exigidos por la ley para la consitución regular de la relación jurídico-procesal y sin los cuales no puede iniciarse ni desarrollarse válidamente un proceso, sino que ella se identifica con la titularidad para demandar y ser demandado y es, en consecuencia, un elemento estructural de la acción en cada caso. Al hacer en el aludido fallo la Corte el señalamiento de los presupuestos procesales en todos los juicios (demanda en forma, competencia del Juez, capacidad para ser parte y capacidad para obrar procesalmente), ha dicho que ellos "son condiciones previas indispensables para que el Juez pueda proveer en el fondo del negocio", por lo cual deben hallarse reunidos para obtener cualquiera resolución, favorable o desfavorable, sobre el mérito de la acción incoada. Son, pues, bases necesarias y esenciales del juicio, de la litis ante los jueces. Esta la razón para que allí mismo se exprese que "el Juez, antes de entrar a conocer de la acción ejercitada y de decidir sobre las pretensiones deducidas en el juicio, oficiosamente ha de examinar y declarar si existen o nó los

presupuestos procesales. Si falta alguno de estos requisitos, el Juez debe inhibirse de fallar en el fondo del negocio para que las partes puedan hacer valer sus derechos dentro de las normas procesales de rigor, sin que el juzgador pueda entrar en el examen de la acción instaurada. En este caso, las pretensiones del actor son desestimadas por motivos meramente procesales; no por improcedencia sustancial sino por inconducencia formal".

En cambio, por legitimación en causa o legitimación para obrar —según Chiovenda— "se entiende la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)..." Después de acoger estos principios doctrinales y de aclarar que es ésta una cuestión atinente a la titularidad del derecho de acción o de contradicción, agrega la Corte que "cuando el Juez dicta sentencia de fondo adversa a la demanda por carencia de legitimación en la causa del actor o del demandado, niega la acción por defecto de titularidad en el sujeto activo o pasivo de la acción, bien porque el actor no tiene la calidad para instaurarla, o bien porque el demandado no tiene la calidad para responder por ella". Aparece claro que al faltar la **legitimatio ad causam** o titularidad así explicada, como cuestión de fondo que es, no puede prosperar la acción y el fallador debe proveer en sentido desfavorable a lo pedido en la demanda, según sea activa o pasiva la ausencia de legitimación.

En la sentencia recurrida, según se anotara al hacer la historia procesal del negocio, el sentenciador de primer grado encontró falta de legitimación en la causa de la parte contra la cual se ha dirigido la demanda, por no ser la entidad de derecho público demandada la persona a quien las normas objetivas ponen en la necesidad de soportar las consecuencias de la acción instaurada, lo cual significa que ella no tiene la obligación y la aptitud para contradecirla según la ley. En tal virtud se dictó el fallo absolutorio. Impónese, pues, el examen de tal cuestión.

Queda dicho que esta acción versa sobre culpa extracontractual indirecta, que los actores encuentran en el Departamento de Antioquia demandado, del cual exigen la indemnización de los daños materiales y morales sufridos por ellos directamente, pues por causa de la desaparición en el trágico accidente del señor Julio Escobar, esposo y padre de los demandantes respectivamente, éstos se vieron privados de la ayuda económica que les proprcionaba y recibieron, además, un dolor intenso por su muerte.

En el caso **sub-judice** la fuente de la responsabilidad civil extracontractual se encontraría en el hecho ajeno y en el proveniente de explotaciones o actividades peligrosas, esta última gobernada por el artículo 2.356 del Código Civil. Y una constante jurisprudencia de la Corte ha aceptado, como apenas era natural, que la actividad desarrollada por los ferrocarriles se caracteriza por su peligrosidad. También esta Corporación desde el año de 1938 y en innúmeros fallos posteriores ha venido sosteniendo la doctrina de que la citada disposición consagra una presunción de responsabilidad contra quien ocasiona el daño cuando éste provenga de actividades de la naturaleza indicada. "En estos casos le basta a la víctima demostrar los hechos que determinan el ejercicio de la actividad peligrosa y el perjuicio sufrido; y será el demandado quien para exonerarse de responsabilidad deberá probar que el accidente ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima, o por fuerza mayor o caso fortuito, o por intervención de un elemento extraño". (Casación de 23 de abril de 1954, LXXVII, 413, y las que en ella se citan). Dicha presunción —según la misma Corte (LXI, 572)— afecta no sólo "al dependiente o empleado que obra en el acto de peligrosidad, sino también al empleador o dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño".

Aparece claro en el evento **sub-lite** que se reclama la indemnización por el daño ocasionado en un accidente ferroviario, o sea, causado en el ejercicio de una actividad peligrosa, actividad de la cual se dice es responsable el Departamento de Antioquia, en su calidad de propietario del Ferrocarril del mismo nombre, y persona jurídica de derecho público contra la que se dirige la acción por considerársele civilmente responsable.

Para que pueda deducirse una responsabilidad de tal naturaleza, como es bien sabido, se necesita que el demandante compruebe los siguientes elementos de la acción, a saber: un daño; que éste fue causado en ejercicio de una actividad peligrosa; y, que de dicha actividad responde el demandado. Acreditado lo anterior se presume la culpabilidad del demandado y el nexo causal entre aquélla y el perjuicio; correspondiendo a aquél demostrar una de las causas eximentes ya indicadas.

La entidad demandada alegó desde la contestación al libelo inicial del juicio —tanto al oponerse a las pretensiones de la parte actora, como al negar los hechos en que se fundamenta— no ser responsable de la actividad peligrosa que se le atribuye, al no aceptar que el Departamento de Antioquia, cuando se produjo el trágico accidente, fuera dueño del Ferrocarril de ese nombre y al cual pertenecía el autoferro causante del atropellamiento. La propiedad en cuestión, afirmada como condición fundamental de la acción propuesta, no fluye en forma alguna de los elementos probatorios traídos al proceso, no obstante que la demanda hace depender de ese derecho dominical la responsabilidad por la actividad peligrosa y la consiguiente obligación indemnizatoria reclamada, como se expresa en inequívoca forma en los hechos de aquélla y en su declaración primera de este inicial tenor: "1º Que el Departamento de Antioquia, como propietario que es de la Empresa denominada Ferrocarril de Antioquia, es responsable y, por lo tanto, debe pagar todos los perjuicios materiales y morales..." Por cuanto en juicios como éstos no se ventila una cuestión de dominio tendiente a definir en cabeza de quién se encuentra radicado, sino que se controvierten simples obligaciones personales que han podido producirse con ocasión de ese derecho, la jurisprudencia nacional, en tratándose de bienes raíces y para la demostración de este extremo de la acción en juicios de responsabilidad extracontractual, no siempre ha exigido el medio específico probatorio predicado por ordenamientos legales para acreditar el derecho real de dominio sobre dichos bienes, pues ha aceptado que la verdad de ese hecho se establezca con otros elementos de convicción. (T. LXVII, Pág. 882).

Pero aunque se admita el anterior criterio de extensión probatoria para la demostración de tal extremo de la litis, en nada aquél incidiría sobre las conclusiones ya apuntadas, restándoles certeza, porque al informativo no se han aducido probanzas que en forma alguna lo acrediten.

Ahora bien: el fundamento de la responsabilidad consagrada en el artículo 2.365 del Código Civil radica en la peligrosidad de la actividad que causa el daño, por lo cual, para deducirla, es menester determinar y establecer en cada caso concreto quién es el responsable de esa actividad peligrosa, a fin de saber qué persona soporta la carga de tal responsabilidad presuntiva, como lo anota con acierto el tratadista A. Pérez Vives (Teoría General de las Obligaciones. Primera Parte, Volumen II, Págs. 376-77).

Aquí se señala como civilmente responsable de la actividad peligrosa que causó el accidente al Departamento de Antioquia, por ser dueño del Ferrocarril al cual pertenecía la máquina que lo produjo, por lo cual en tal calidad le es imputable dicha actividad ocasionante del daño. Mas como no se ha demostrado esta condición fundamental de la acción, es decir, que la entidad de derecho público demandada sea propietaria del Ferrocarril de Antioquia, o más aún, que por cualquier otro concepto deba responder de esa actividad, se concluye que no se ha establecido dicho elemento de la acción: la legitimación pasiva en la causa. La Corte, en caso que ofrece claras concomitancias con el presente y quizás aplicando más severamente los principios legales antes contemplados, ha llegado a las mismas conclusiones que amparan este fallo. (T. LXXI, Págs. 1.016 y ss.).

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín el 17 de octubre de 1958.

Costas en la instancia a cargo del apelante.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase el expediente.

Luis Carlos Zambrano—Ramiro Araújo Grau—Efrén Osejo Peña—Carlos Peláez Trujillo—Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA DE CASACION CIVIL

Contrato de seguro de vida.—Los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil, etc., son aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles, salvas las modificaciones que establecen las leyes especiales de comercio. —El contrato de seguro no puede interpretarse en su parte dispositiva ni en su parte enunciativa, sino con fundamento en el mismo, mientras no se violen principios de moral o de orden público.—Caducidad del convenio.—Rehabilitación del contrato.-Qué debe entenderse por declaraciones inexactas y qué por declaraciones reticentes del asegurado.—Alcance del art. 22 de la Ley 105 de 1927-El hecho de que la Compañía no haga practicar examen médico o el de que el resultado de este examen sea favorable al asegurado, no exime a éste de la obligación de responder con sinceridad al interrogatorio que la Compañía le haga acerca de las circunstancias de su salud.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre pago de un seguro de vida, adelantado por Nui vda. de Nishi contra "Panamerican Life Insurance Company".—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 3

Reivindicación de cuota determinada proindiviso de una cosa singular.—En la reivindicación de cuota de comunero contra comunero se discute primera y principalmente la calidad de copropietario y el alcance de su derecho, por modo que el pronunciamiento prepara el ejercicio de la acción divisoria para liquidar la comunidad.—Incongruencia.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario reivindicatorio adelantado por José Antonio Escudero y otra contra Joaquín Emilio Pérez T.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 13

La apreciación probatoria de los falladores de instancia es intocable en casación mientras no se demuestre que se halla afectada de error de derecho o de error de hecho manifiesto.—Lo que configura el error de hecho, es dar por acreditado un hecho sin la existencia de la prueba o negarlo existiendo su comprobación rsepectiva en el proceso.—El artículo 697 del C. J., no impide al sentenciador valorar el mérito de la prueba testimonial a la luz de los principios generales de la crítica. — El artículo 210 ibidem es una disposición de carácter adjetivo cuya violación no da lugar a recurso de casación. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario sobre resolución de un contrato de promesa de venta, adelantado por Tobías Carvajal contra Miguel Sánchez Góngora. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón..... 18

Litispendencia.—En qué consiste.—Requisitos para que ésta se configure. — Momento en que se traba la relación procesal.—Como el pleito pendiente no implica incompetencia de jurisdicción, pues la ley no lo eleva a esta categoría, es evidente que no puede admitirse como base de cargo fundado en nulidad procesal. — Accesión de mueble a inmueble, llamada industrial por algunos tratadistas. — Diversas clases de ésta.—La ley distingue dos hipótesis dentro de la especie de accesión industrial.—No es admisible proponer simultáneamente respecto a una misma prueba, error de hecho y error de derecho.—Cuando las partes no han facultado expresamente a su apoderado para confesar, la que éste haga en su alegato de conclusión, no constituye confesión de parte. — Interpretación del artículo 694 del C. J.—Ratificación de declaraciones. — Su ob-

Págs.

jeto.—Pruebas trasladadas.—En qué consisten y requisitos para que tengan valor externo. — En el auto que ordena recibir los testigos de abono, no es menester la expresión "con citación de la parte contraria", pues ella se produce con la notificación de dicha providencia. — La interpretación de las providencias judiciales, así como la de los actos y contratos, es labor propia del juzgador de instancia, que prevalece en casación, salvo error de hecho evidente.—Derecho de retención. — Su definición.—Para que éste subsista, es elemento esencial que la persona a cuyo favor la ley lo reconoce, no haya perdido la posesión o la tenencia, según fuere el caso, de la cosa sobre la cual debe ejercerlo. — Interpretación errónea y falta de aplicación de determinada norma. —En qué consisten.—Técnica de casación.— No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario sobre retención de un inmueble y la edificación que allí se levanta, adelantado por Florentino Castro contra Aníbal Guevara y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 23

La ley no priva de eficacia procedimental la presentación de la demanda de casación con antelación a la admisión del recurso y el traslado. — Se ratifica la doctrina referente al efecto de las sentencias sobre filiación natural y sobre el ámbito de acción de los artículos 400, 401, 403 y 404 en la Ley 45 de 1936. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Leonisa Sosa, como madre natural y en representación de los menores Enrique Oriel Sosa y otros contra la sucesión de Arturo Londoño. — Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada..... 37

Diferencia teórica que la ciencia procesal consagra entre la interrupción y la suspensión de un proceso.—El cargo, en casación, por falta de notificación o emplazamiento en el juicio, sólo puede invocarlo la parte víctima de tal omisión. — Presupuesto procesal de capacidad para ser parte.—En qué consiste.—La ausencia de prueba sobre el carácter de heredero, implica sentencia inhibitoria, con consecuencias de cosa juzgada formal, y no sentencia de mérito, con consecuencias de cosa juzgada material.—Rectificación doctrinaria. — Funciones de la Corte cuando se formula un cargo por violación directa de la ley sustantiva.—Deberes del fallador antes de entrar en el estudio de las acciones deducidas en el juicio, trabada ya la relación jurídico-procesal.—Cuando se demanda a la sucesión o para la sucesión, la parte reo está constituída por todos los herederos y la parte actora lo está por el heredero o herederos que pidan para la comunidad.—Interpretación del artículo 457 del C. Judicial. — Requisitos indispensables para admitir la prueba supletoria del estado civil. — La carencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte en el demandante inhibe al fallador de pronunciarse en el fondo de la acción.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario sobre nulidad de un juicio ejecutivo adelantado por María del Rosario Cuaspud contra Manuel de Jesús Cuaspud y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada..... 43

Elementos esenciales que deben demostrarse de manera plena para poder deducir en juicio responsabilidad civil extracontractual a cargo de una persona y en favor de otra.— La prueba del daño, que comprende tanto el material como el moral, la debe suministrar el demandante. — Interpretación del procedimiento del artículo 553 del C. Judicial. — Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre pago de perjuicios materiales y morales sufridos por una persona, por la caída en un respiradero o manhol del alcantarillado, juicio adelantado por Olga Correa de Henao contra las Empresas Públicas Municipales de Medellín. — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero..... 58

El ataque de violación de la ley por error de hecho y de derecho, a la vez, en la apreciación de una misma prueba, no es adecuado.—Interpretación de los artículos 702, 721 y 723 del C. J. — Al Juez corresponde

Págs.

examinar, en cada caso, los razonamientos sustentadores del concepto pericial, para inferir si presta mérito suficiente para aceptarlo como prueba decisoria.—La rectificación del criterio del juzgador, acerca de las pruebas, no es posible en casación sino en presencia de ostensible error de hecho o de derecho. — Alcance del artículo 638 del C. J. — Valor probatorio de los Libros de Comercio. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios materiales y morales ocasionados por la muerte de varias personas en accidente de tránsito, adelantado por Vidal Umaña, Blanca Forero de Umaña y otros contra el Municipio de Bogotá. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco..... 61

Las acciones dirigidas a obtener que se declare la filiación, se surten, precisamente, por medio de abogado titulado, salvo cuando las siga el Ministerio Público, a fin de obtener mayor seriedad y respaldo científico en su tramitación y evitar el ejercicio temerario de esta clase de procedimientos.—Interpretación y alcance de los artículos 1º y 14 de la Ley 69 de 1945 y 1º y 2º del Decreto Legislativo número 1.209 de 1954.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pamplona, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Eva María Vergel P., en representación de sus hijos menores Luis Alfonso Vergel y otros contra la sucesión de Trinidad Bayona Pérez. Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 70

Perjuicios morales.—Distinción, características y modalidades entre los perjuicios morales subjetivos y los objetivos. — Cuando unos u otros se demandaren civilmente, deben ser realmente establecidos y han de ser ciertos.—Finalidad de esta demostración.— La cuantía del perjuicio moral objetivo puede ser acreditada por los medios de prueba señalados al efecto en nuestro régimen procedimental, y la del perjuicio moral subjetivo está subordinada a las reglas del artículo 95 del C. Penal.—La condenación en concreto al pago de perjuicios escapa al recurso de casación, salvo que se demuestre que el fallador incurrió en error en la apreciación de los elementos probatorios en que se fundó para hacer tal condena.—Mérito probatorio del dictamen pericial.—La apreciación que hace el sentenciador de instancia de un dictamen pericial de acuerdo con las reglas generales de la sana crítica, no puede modificarla la Corte en casación. — Causal de incongruencia.— Cuándo procede.—Lo natural es que el sentenciador estudie las excepciones en la parte motiva y decida sobre ellas en la resolutiva; pero no puede afirmarse que el fallo carezca de consonancia, cuando luego de tomar en cuenta las excepciones se pronuncia de acuerdo con lo que sobre las defensas expuso.—La Corte reitera su doctrina sentada a este respecto.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario sobre pago de perjuicios materiales y morales resultantes de un hecho culposo, adelantado por Isaías Olaya Torres contra el Banco Popular (Seccional de Ibagué). — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 73

Hipoteca. — Como la doctrina predominante ha sido la que propugna porque la hipoteca de cosa ajena carece de validez, es indispensable que quien la constituya sea titular del inmueble que va a hipotecar.—Hipoteca de cuota en bienes comunes e hipoteca del bien común por un comunero.—Interpretación y alcance de los artículos 779 y 2.442 del C. C.—Estas normas no se refieren únicamente a las comunidades singulares sino también a las universales.—Salvo error evidente de hecho, la interpretación de la demanda que hace el fallador de instancia prevalece y no puede ser variada en casación.—Violación directa y violación indirecta de la ley.—En qué consisten.—Técnica del error de derecho. — El cambio de acción le está vedado al juzgador y se encuentra sancionado en casación a través de la causal 2ª del artículo 520 del C. J.—Los artículos 448 y 457 del C. J. no son de carácter sustancial y sólo tienen entrada en casación a través de la causal 6ª, esto es, cuando se afirma que el proceso en que se

Págs.

dictó la sentencia recurrida adolece de nulidad de procedimiento.—Diferencias notorias entre la revisión por juicio ordinario de determinadas sentencias dictadas en juicio especial, con el juicio ordinario de nulidad de otro proceso apoyado en las causales segunda y tercera del artículo 448 del C. J.—En qué consisten y efectos que éstas producen. — La nulidad ataca el proceso mismo, la revisión sus consecuencias, o sea lo resuelto en el fallo.—Requisitos para que sea conducente, por el procedimiento ordinario, la revisión de una sentencia dictada en juicio especial de venta de bienes hipotecados. — Por ser diferentes, la acción de nulidad no puede estar contenida en la de revisión, ni constituír por tanto minus petitio, como pueda sugerirse.—En el ordinario sobre nulidad de una hipoteca, adelantado por María Tonny Galvis de Montilla y otras contra Augusto Rocha Gutiérrez y otra, no se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 86

Técnica del error de derecho. — Categoría o fuerza de la prueba que debe aportarse cuando la acción simulatoria la ejercita una de las partes que celebraron el acto o contrato aparente y éste se hizo constar por escrito.—Principio de prueba por escrito.— Su definición.—Requisitos que debe reunir una diligencia de absolución de posiciones en que el absolvente confiesa hechos relacionados con el acto o contrato litigioso, para que se la pueda tener como principio de prueba por escrito.—El artículo 93 de la Ley 153 de 1887, no es norma sustancial.— Al juzgador de instancia, corresponde la valoración de la prueba de indicios.—Condiciones para que aquella pueda ser censurable en casación. — No es posible hablar de "confesión absolutoria", porque los dos términos son contradictorios. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Popayán, en el ordinario sobre simulación parcial de un contrato de compraventa, adelantado por Marco A. Canencio Q. contra Ricardo Quirá T.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar T. 96

Págs.

Es antitécnico proponer simultáneamente, respecto de una misma prueba, error de hecho y de derecho. — Autonomía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas mientras no sean contrarias a la evidencia. Técnica del error de derecho. — Interpretación de los artículos 596 y 688 del C. J. y 7º de la Ley 45 de 1936.—En casación no puede reabrirse el debate probatorio. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia, adelantado por José Ramón Jiménez y otro contra la sucesión testada de José Vicente Gómez. — Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada 103

Técnica de la causal 1ª de casación.—Es improcedente, respecto de un mismo medio probatorio, alegar simultáneamente error de hecho y error de derecho. — Técnica de casación. — Término de que disponen los terceros para formular sus oposiciones a las propuestas de exploración y explotación de yacimientos de metales preciosos considerados por la Nación como reserva suya.—Procedimiento al respecto. — Extinción de su derecho.—Reparos a la doctrina mantenida por la Corte respecto a la acusación por violación de disposiciones constitucionales.—Restitución del dinero percibido por concepto de participación en la concesión de una mina.—La venta de derechos proindiviso en inmuebles debe registrarse en el Libro 1º y no en el 2º—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario sobre pago de cánones de arrendamiento de una mina y restitución de participaciones por la concesión de la misma, adelantado por Porfirio Díaz del Castillo contra la "Compañía Minera de Nariño, S. A."—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M..... 110

SALA DE CASACION PENAL

El concepto de provocación no equivale ni envuelve la idea de imprevisión, salvo cuando el provocador y el autor de la riña se confunden en una misma persona, circunstancia que, de suyo, plantea para el

Págs.

provocado una situación por entero inesperada a la cual tiene que hacer frente.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso adelantado contra Alfonso Prada Angarita por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 124

Mientras no se hayan averiguado debidamente los hechos y recibido las indagatorias a que haya lugar, el Juez carece de competencia para declarar cerrada una investigación en materia criminal.—En el proceso adelantado contra Carlos Julio Avella y otros (en su calidad de ex-Jueces del Circuito) se revoca el auto consultado por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, y en su lugar se ordena cesar todo procedimiento adelantado contra aquellos, por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad. — Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 128

Los testimonios extrajudiciales que se aduzcan al juicio penal contra la expresa prohibición contenida en el artículo 207 del C. de P. P., no podrán ser tenidos en cuenta para establecer el hecho alegado. — No es un hecho nuevo ni una prueba no conocida al tiempo de los debates, de los previstos en el num. 5º del artículo 571 ibidem, la declaración de un testigo en la cual afirme que en el testimonio rendido dentro del proceso principal manifestó cosa distinta a la que realmente dijo.—En materia criminal, a diferencia de la civil, no rige el sistema de la ratificación dentro del proceso de deposiciones tomadas fuera de él. — Se deniega la revisión del fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado contra Mario Ruiz por el delito de robo. — Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 129

Para calificar de contradictorio un veredicto, es preciso que él afirme y niegue al tiempo algún hecho o circunstancia relativos a un mismo acusado.—Es improcedente alegar la causal 1ª de casación para impugnar el fallo que acoge un veredicto, sobre el supuesto de que éste se pronunció con base en una prueba legalmente nula.—El cargo hecho a través de la causal 2ª consistente en que el sentenciador tuvo en cuenta al proferir su fallo una prueba nula y desestimó otras de innegable fuerza exculpativa, es inadmisible.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado contra Gustavo Ramírez Barreto y otros, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 134

La sustitución de un poder no produce efecto mientras no haya sido aceptada por el Juez o Tribunal, en proveído ejecutoriado.—Impedimentos y recusaciones en materia civil. Tramitación. — A quiénes debe dirigirse el escrito de recusación cuando se formula en un Tribunal. — Suspensión de la jurisdicción. — Inhabilitación automática.—El empleo de papel común que hacen los Secretarios en los juicios civiles, cuando se agota el sellado, no es "un recurso" o expediente de mala índole, sino fiel cumplimiento de la ley.—Se declara que no hay lugar a abrir investigación por responsabilidad, contra los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cartagena que dictó sentencia en el juicio de separación de bienes promovido por Petrona Cañoles de Hernández contra Eduardo Hernández Castilla.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 138

La causal 2ª de casación penal, no es pertinente alegarla ni en los juicios en que interviene el jurado ni en los que se desarrollan con la intervención de los Consejos Verbales de Guerra. — Alegar que hubo pruebas mal apreciadas o que otras no se tuvieron en cuenta siendo más aceptables, no es aspecto que quepa debatir en casación.—Es inválido el argumento de que los vocales de un Consejo de Guerra Verbal no constituyen jurado, propiamente dicho, y que sus veredictos distan de asimilarse a los proferidos por los jueces de hecho que intervienen en las causas penales ordinarias.—Cuando la causal 2ª se quiere hacer valer, no para impugnar el veredicto sino por atribuirle a la sentencia violaciones en

Págs.

la aplicación de la ley penal sustantiva, es preciso relacionarla con la 1ª—Se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior Militar, en el proceso adelantado contra Diomedes Mina Gómez, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria 146

Peculado. — Observaciones en relación con los elementos constitutivos de ese delito y sobre las modalilades que puede revestir.— El peculado propio.—Apropiar. — Su definición.-Elementos que estructuran el delito de peculado, bien por apropiación, ya por uso indebido.—Cuando no puede invocarse la obligatoriedad de la orden superior, para radicar exclusivamente la responsabilidad en el mandante, si el hecho ejecutado constituye delito, claros principios directivos, expresamente contemplados en el C. Penal, llevan necesariamente a aplicar las disposiciones atinentes a la participación criminal, o a la complicidad y a la comunicabilidad de circunstancias.—Elemento material del peculado. — Dolo. — Peculado culposo. —Responsabilidad administrativa y judicial de los Gobernadores de los Departamentos.— Fuero. — Obra pública. — Qué es lo que le da tal carácter.—Grado de certeza que el juez de derecho adquiere a través de la crítica de la prueba testimonial, confrontada con otros medios probatorios, para formular en concreto un cargo penal o para afirmar la responsabilidad legal.—Los Códigos Penales no prohiben expresamente los hechos: simplemente enuncian los elementos constitutivos de las infracciones y señalan la sanción imponible a quienes las cometen.— Noción jurídica de servicio público. — El concepto de propiedad privada no es incompatible con el de servicio público.—La Corte llama a responder en juicio criminal de única instancia, al señor Miguel Angel García Sánchez, como ex-Gobernador del Departamento de Córdoba, por el delito de peculado.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria 150

El delito de peculado lesiona de manera concreta el interés jurídico de la Administración Pública. — Responsabilidad de los funcionarios públicos.—Fuero. — Para quiénes está consagrado y factores a que está condicionado. — Delitos de responsabilidad.— Cuerpo del delito.—Su demostración objetiva.—Ni en los delitos contra el patrimonio ni en el caso concreto del peculado, la cuantía es elemento esencial del cuerpo del delito.—Las intenciones en sí mismas, aisladas, carecen de relevancia en el derecho penal.—Nada impide al Juez de derecho incorporar a una providencia la vista fiscal, indicativa apenas de la conformidad de criterio con el colaborador.—La práctica tardía de la diligencia de indagatoria no cierra los caminos de la defensa. — Es deber del calificador hacer concreto el cargo en la parte motiva del auto de proceder.—No se repone la anterior providencia.—La Corte niega la reposición interpuesta contra el auto de vocación a juicio, proferido en el proceso que por el delito de peculado se adelanta al señor Miguel Angel García Sánchez, como ex-Gobernador del Departamento de Córdoba. — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria 198

No es dable impugnar una sentencia con base en las causales 4ª y 1ª sosteniendo que la existencia de la causal primeramente citada conduce el debate hacia esta última, o viceversa, por cuanto la existencia de una nulidad en forma alguna constituye una violación a la ley penal sustantiva "por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".—Por las modalidades de los juicios que se desarrollan con la intervención de Consejos Verbales de Guerra, los derechos y garantías de que da cuenta el artículo 26 de la Carta, especialmente los relativos a la defensa del acusado, se otorgan en forma distinta a la que corresponde a los procedimientos ordinarios.—Se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior Militar, en el proceso adelantado contra Rafael Gallo Quintero, por el delito de "homicidio militar"—Magistrado Ponente: Dr. Gusavo Rendón Gaviria..... 208

La apreciación de las faltas leves cometidas

Págs.

en el ejercicio de la abogacía corresponde al sentenciador.—La alteración de una palabra en una demanda no constituye falta contra la ética profesional.—Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, por medio del cual declaró que no hay lugar a imponerle sanción alguna al doctor Luis Enrique Valenzuela Ramírez, por cuanto su conducta en la audiencia laboral de que allí se habla, no es constitutiva de falta contra la ética profesional.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 213

Prevaricato y abuso de autoridad cometidos por funcionarios del Ministerio Público.— Se declara que los hechos imputados al doctor Eduardo Fuenmayor —Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Barranquilla—, no son constitutivos de delito (prevaricato).— Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 216

Por no haber incurrido en abuso de autoridad por demoras en la instrucción de un proceso, se sobresee definitivamente en favor de un ex-Magistrado de Tribunal Superior.— Así lo resuelve la Corte, respecto del doctor Jesús María Guzmán.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino..... 220

Cuando se declara extinguida la acción penal por muerte del procesado, no hay lugar a recurso de casación.—Admitido un desistimiento, es improcedente anticiparse a la liquidación de costas o a la inspección previa de si se causaron o no.—En el proceso adelantado en el Tribunal Superior de Ibagué contra Bartolomé Triana y otros, por el delito de homicidio, se admite el desistimiento del recurso de casación interpuesto por la parte civil contra el fallo de segundo grado y se declara inadmisible el interpues to a nombre de Cenona Triana.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 223

Se aclara y complementa la doctrina sentada en la providencia inmediatamente anterior. Se repone la providencia de que trata el punto que antecede, y en su lugar se declara admisible el recurso de casación interpuesto por Cenona Triana, a nombre del procesado Bartolomé Triana, contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso que se adelanta a aquel por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez... 225

Colisión de competencias por razón de estar alguno de los sindicados sometido a fuero especial.—Se dirime la colisión de competencias suscitada dentro del proceso que se adelanta en el Juzgado de Primera Instancia de las Fuerzas de Policía, Unidad Huila, contra Serafín Vega y otros por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez..... 227

SALA DE CASACION LABORAL

Subordinación o dependencia.—En qué consiste—Empresario y trabajador.—Distinción para estos efectos. — Acusación por violación directa de la ley en relación con este elemento.—Error de hecho cuando la sentencia deduce de las pruebas conclusiones dudosas.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en el ordinario laboral adelantado por Marcelino Pinzón contra la Empresa Fluvial "Ocaña" Limitada. — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García.... 229

Demanda contra todos los socios de una sociedad de hecho, aunque el servicio no se hubiere prestado sino a algunos de ellos.— La sociedad de hecho puede demostrarse por cualquier medio probatorio. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Mario Ceballos Duque contra la empresa en liquidación "Laboratorios Reco Ltda."—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C..... 237

Reintegro del trabajador despedido en caso de mora de la administración en el pago de prestaciones sociales.—Subsistencia del contrato de trabajo para estos efectos. — Los trabajadores al servicio de las entidades municipales que efectúen el aseo público, están ligados a la administración por con-

tratos de trabajo.—Las costas como motivo de casación.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Luis Suárez Jaime contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 241

Según el artículo 542 del Código Judicial, puede revisarse una sentencia ejecutoriada proferida por la Corte Suprema o por un Tribunal Superior, en los casos allí enumerados; pero no los fallos ejecutoriados procedentes de los juzgados de primera instancia.—La Corte se declara inhibida para conocer de la solicitud de revisión del fallo proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cereté, en el ordinario laboral seguido por Leonardo Andrade contra la sociedad "Pérez y Cifuentes". — Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C..... 250

Libertad de apreciación de las pruebas por el sentenciador en instancia. — Acusación por violación de las normas civiles y procedimentales.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Hernán Ortiz Silva contra Andrés Vélez Vélez.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo.. 251

El principio de libertad contractual en materia laboral.—Prueba de la exclusividad en controversias sobre las relaciones de trabajo entre las Compañías de Seguros y sus agentes.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Diego María Vallejo contra la "Confederation Life Association" (Confederación del Canadá). Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 253

Coexistencia de contratos de trabajo y de aparcería. — Absolución del actor, aunque esté demostrada la existencia del vínculo laboral, por falta de determinación del tiempo de servicios. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, en el ordinario laboral adelantado por Eduardo Antonio Hincapié contra Pedro García. — Magistrado Popente: Dr. Jorge Vélez García..... 258

Naturaleza de los trabajadores de confianza. El desempeño ocasional de labores de este tipo no asimila al trabajador a los de dirección, confianza o manejo.—Horas extras.—Valor del testimonio rendido por quien, en juicio diferente, tiene acción instaurada contra el mismo patrono.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario laboral adelantado por Lola Santander de Calvachi contra el Banco Central Hipotecario, S. A., con domicilio principal en Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 263

Subsistencia ficcionada del contrato de trabajo entre los trabajadores y la Administración a la ruptura unilateral del mismo. Determinación del lucro cesante. — En el ordinario laboral adelantado por Samuel Montejo contra el Municipio de Bogotá, se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 271

Acción para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.—Necesidad de demostrar el tiempo durante el cual el trabajador prestó sus servicios.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Octavio de Jesús Rico Montoya contra Eva Cadavid vda. de Arismendi.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 274

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Para la prosperidad de las acciones de dominio referentes al subsuelo petrolífero, es indispensable determinar el globo de terreno objeto de la litis y demostrar la superposición de éste al área de la propuesta de exploración y explotación. — La finalidad práctica de estos juicios es la de obtener no sólo una declaración sobre dominio privado del petróleo, sino al mismo tiempo un

deslindamiento preciso de propiedades entre la Nación y el particular opositor.—Se declara infundada la oposición formulada por la Sociedad "Compañía Frutera de Sevilla", a la propuesta de contrato de exploración y explotación que ante el Ministerio de Minas y Petróleos, presentó el Sr. Jhon Blackett y que fue distinguida con el número 450. — Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau 278

Fuerza mayor. — Esta debe estar constituída por un hecho que haga absolutamente imposible el cumplimiento de la prestación debida, y no simplemente que la haga más difícil o gravosa. — Teoría de la imprevisión. — Síntesis de ésta.—Teoría del "Hecho del Príncipe" o "Hecho de la Administración".—Si el contrato es una ley para las partes, es evidente que una de ellas, así sea la propia Administración, no puede arbitrariamente introducirle modificaciones.—Caducidad del contrato. — El Gobierno no puede apropiarse del equipo de un contratista de obras públicas como consecuencia de la caducidad del contrato de construcción; si así lo hiciere, incurre en evidente culpa por lo cual debe indemnizar los consiguientes perjuicios. — Estos, para ser indemnizables, deben ser ciertos y no simplemente hipotéticos, y su demostración corresponde al actor. — Se hacen algunas de las declaraciones solicitadas en la demanda ordinaria sobre perjuicios, adelantada por Fernando Mosquera Barreiro contra la Nación.—Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau 281

Es procedente solicitar aclaración de conceptos o frases de la sentencia que ofrezcan verdadero motivo de duda, pero no, so pretexto de aquélla, formular consultas, por cuanto la índole propia de las funciones de la Rama Jurisdiccional del Poder le impide absolverlas.—No se accede a aclarar la sentencia proferida por la Corte, en el ordinario de única instancia sobre perjuicios, adelantado por Fernando Mosquera Barreiro contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau..... 298

Naturaleza del contrato de obra pública.—Sus elementos. — A quién corresponde revisar los actos administrativos de la Contraloría General de la República.—No compete a los organismos administrativos decidir los litigios entre la Nación y los particulares, con ocasión de la interpretación, terminación, ejecución o cumplimiento o incumplimiento de los contratos por ellos celebrados.—Los perjuicios que se le ocasionen al actor por la orden de suspensión de la obra pública a él encomendada, debe demostrarlos en forma precisa y con determinación de la causa material.—Los perjuicios deben ser ciertos, sin que sea suficiente una probabilidad o posibilidad de obtener determinados beneficios o ganancias.—Se hacen algunas de las declaraciones solicitadas en la demanda ordinaria sobre pago del valor de alquileres de maquinarias y equipos de trabajo y depreciación de los mismos, adelantada por Federico Uribe Restrepo contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña 301

Responsabilidad de los contratistas de la conducción de correos, por la pérdida o extravío de encomiendas postales entregadas a su auxiliar, agente o mensajero, para su cuidado, conservación y transporte. — Responsabilidad contractual. — El incumplimiento de una obligación contractual puede atribuírse a culpa o a dolo del deudor quien, en ambos casos, debe resarcir los perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento de la obligación. — Culpa contractual. — En qué consiste.—La naturaleza de la respectiva obligación, tal como la haya reglamentado o regulado la ley, indicará qué hecho o hechos debe probar el deudor con el fin de que la obligación se considere extinguida.—En el caso concreto del transportador, solamente se libera de la obligación de resarcir los perjuicios, con la demostración de un caso fortuito o fuerza mayor que no pudo prever o evitar.—Interpretación y alcance de los artículos 516, 560 y 602 del Decreto 1.418 de 1945, reglamentario de los servicios nacionales de correos, telégrafos y teléfonos.—Se absuelve a la Nación de los cargos que le formuló Al-

berto Suárez, por medio de la demanda ordinaria sobre nulidad de unas Resoluciones Administrativas.—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña 322

Para efecto de la prueba del parentesco hay lugar a distinguir entre éste como hecho natural o como causa del estado civil de las personas.—La prueba específica establecida en el título 20 del Libro I del Código Civil sólo es exigible cuando se le entiende como "Status" personal, mas no cuando sólo se trata de acreditarlo con un objeto que no concierne al estado civil.—En el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero adelantado por José Santos Cabrera contra la Nación, se confirma el auto proferido por el señor Magistrado sustanciador el 27 de mayo del año en curso, por medio del cual decretó la restitución de unos términos.—Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 331

Los presupuestos procesales y la legitimación en causa. — La legitimación para obrar no concierne a los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal y sin los cuales no puede iniciarse ni desarrollarse eficazmente un proceso, sino que ella se identifica con la titularidad para demandar y ser demandado y es, en consecuencia, un elemento estructural de la acción en cada caso.—Responsabilidad civil extracontractual contra quien ocasiona el daño proveniente de actividades peligrosas. — Elementos de esta acción.—En estos juicios no se ventila una cuestión de dominio tendiente a definir en cabeza de quién se encuentra radicado sino que se controvierten simples obligaciones personales que han podido producirse con ocasión de ese derecho. — Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales causados por la muerte de una persona en accidente ferroviario, adelantado por Carmen Rosa Freydell v. de Escobar y otros contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano..... 334

ERRATAS ADVERTIDAS

Página 70, renglón 32, columna 2ª, dice "cónyue", en vez de **cónyuge.**

Página 72, renglón 8º, columna 1ª, dice "filiación nautral" en vez de **filiación natural.**

Título, página 103, renglón 4º, dice "ERRROR" en vez de **ERROR.**

Título, página 198, renglón 6º, dice "DE PECULADO" en vez **DEL PECULADO.**

Título, página 281, renglón 10º, después de la palabra "CONSTRUCCION" no es coma (,) sino punto y coma (;).

Título, página 281, renglón 11º, dice "INCURREN" en vez de **INCURRE.**

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 XCI - BOGOTA, COLOMBIA. Agosto y Septiembre DE 1959 Números 2215-2216

S A L A P L E N A

MOCION DE DUELO APROBADA EN SALA PLENA CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL EX-PRESIDENTE DE LA CORTE SEÑOR DOCTOR ROBERTO GOENAGA

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

reunida en pleno:

Deplora profundamente la muerte del ilustre ex-Presidente de la Corporación señor doctor don ROBERTO GOENAGA, fallecido ayer en Santa Marta;

Rinde tributo de admiración a su memoria de esclarecido jurista y caballero intachable; y

Levanta la sesión en testimonio de condolencia muy sentida para la señora viuda, hijos y familiares del extinto.

(Sesión del día 10 de agosto de 1959).

LA CORTE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DE LA SEÑORA DOÑA JULIA ALVIRA v. DE ROCHA

"La Corte Suprema de Justicia, registra con profundo pesar el fallecimiento de la esclarecida señora doña Julia Alvira v. de Rocha, expresa los sentimientos de condolencia a sus deudos y de manera especial al ex-Magistrado y actual Conjuez de la Corporación, señor doctor Antonio Rocha, su señora e hijos".

(Proposición aprobada en Sala Plena el día 27 de agosto de 1959).

PROPOSICION APROBADA EN SALA PLENA CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DE LA Sra. TEMILDA PINZON v. DE FAJARDO

"La Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno, deplora el fallecimiento de la esclarecida señora Temilda Pinzón v. de Fajardo y expresa su profunda condolencia a sus deudos, especialmente al Conjuez de la Corporación señor doctor Gustavo Fajardo Pinzón".

(Sesión del 27 de agosto de 1959).

RADIO DE ACCION DE LA CORTE FRENTE A UNA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD. — REQUISITO PARA QUE ESTA PROSPERE. — INTERPRETACION Y ALCANCE DE LA EXPRESION "FUERZA LEGAL". — NO FUE EL LEGISLADOR DE 1958 QUIEN POR PRIMERA VEZ INCLUYO EN LA TERMINOLOGIA LEGISLATIVA ESTA EXPRESION, PUES ELLA SE ENCUENTRA, ENTRE OTROS, EN LOS ARTICULOS 1º Y 4º DE LA LEY 57 DE 1887, 11 DE LA LEY 153 DE 1887 Y 1º DE LA LEY 7ª DE 1945, QUE GUARDAN COMPLETA ANALOGIA CON LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 1º DE LA LEY 2ª DE 1958, EN CUANTO EMPLEAN LA REFERIDA EXPRESION. — ANTECEDENTE DEL ARTICULO TRANSITORIO L. DE LA CONSTITUCION DE 1886. — EL CONGRESO NO TIENE POTESTAD PARA PRORROGAR LOS DECRETOS CON EL CARACTER DE TALES, PUES SI BIEN LAS FACULTADES QUE EL ARTICULO 76 DE LA CARTA LE CONFIERE NO SON TAXATIVAS, NO LLEGAN HASTA EL EXTREMO DE QUE EL LEGISLADOR PUEDA EXPRESAR SUS ORDENAMIENTOS JURIDICOS MEDIANTE LA FORMA PROPIA DEL PODER EJECUTIVO, O SEA, A TRAVES DE DECRETOS DE CUALQUIER INDOLE, Y NO PUDIENDO DICTAR DECRETOS, NO PUEDE PRORROGAR LOS QUE PROFIERA EL GOBIERNO. — LA FORMA COMO EL ARTICULO 1º DE LA LEY 2ª DE 1958 SE HALLA CONCEBIDO, NO INFRINGE DISPOSICION CONSTITUCIONAL CONCRETA, PUES SI BIEN ES VERDAD QUE NORMALMENTE LA LEY DEBE MANIFESTAR LA TOTALIDAD DE SU CONTENIDO, PARA QUE SE ACOMODE A LA DEFINICION QUE DE ELLA DA EL ARTICULO 4º DEL C. C., NO LO ES MENOS QUE LA COMPLETA MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD LEGISLATIVA EN EL TEXTO DE LA LEY, FORZADA POR CIRCUNSTANCIAS DE ORDEN SUPERIOR, PUEDE SUSTITUIRSE, PUES NADA SE OPONE, DESDE EL ASPECTO CONSTITUCIONAL, A QUE SE ADOPTE UNA FORMA DIFERENTE, COMO ES LA CONSAGRADA EN LA CITADA LEY QUE, POR REMISION, INCORPORO EN SU TEXTO EL DE LOS DECRETOS DICTADOS POR EL EJECUTIVO DURANTE EL ESTADO DE SITIO. — DIFERENCIA ENTRE LAS EXPRESIONES "FUERZA LEGAL" Y "FUERZA OBLIGATORIA". — LAS NORMAS SOBRE PROMULGACION SON LEGALES Y NO CONSTITUCIONALES. — SE DECLARA EXEQUIBLE EL ARTICULO 1º DE LA LEY 2ª DE 1958. — COMO LOS DECRETOS A QUE ALUDE ESTA NORMA HAN DESAPARECIDO EN TAL CARACTER, EN LA PRACTICA NO PODRAN SER OBJETO DE JUICIO DE INEXEQUIBILIDAD POR CARENCIA DE MATERIA, —QUE LA PRODUJO EL CONGRESO AL INCLUIR SU CONTENIDO EN UNA LEY—, MAS SI CUALESQUIERA DE LOS PRECEPTOS DE TALES DECRETOS ATENTA CONTRA NORMAS CONSTITUCIONALES DIVERSAS AL ARTICULO 121 EN EL FONDO O EN LA FORMA DE EXPEDICION, YA COMO PARTE INTEGRANTE DE LA LEY 2ª CITADA, PUEDE SER DEMANDADO CON APOYO EN EL ARTICULO 214 DE LA CONSTITUCION. — LOS DECRETOS DECLARADOS INEXEQUIBLES POR LA CORTE HASTA LA FECHA, NO FUERON REVIVIDOS POR LA LEY 2ª DE 1958. — SE REITERA LA DOCTRINA REFERENTE A QUE LA CORTE PUEDE CONOCER Y DECIDIR DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UN DECRETO LEGISLATIVO EXPEDIDO EN USO DE LAS FACULTADES DE QUE ESTA INVESTIDO EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CUANDO SE HALLA TURBADO EL ORDEN PUBLICO, AUN DESPUES DE QUE ESTA SITUACION HAYA CESADO Y NO RIJA EL DECRETO ACUSADO, SIEMPRE QUE LA DEMANDA HAYA SIDO PRESENTADA DURANTE SU VIGENCIA

1.—Para que prospere una acción de inexequibilidad, es menester que el precepto legal acusado infrinja claramente determinadas normas constitucionales. De conformidad con el artículo 2º de la Ley 96 de 1936, el radio de acción de la Corte se limita al examen de la disposición o disposiciones acusadas como inconstitucionales, mas no sólo por los aspectos que señale el acusador, sino también por aquellos otros que la Corte al fallar el negocio encontrare, aún en relación con textos o principios constitucionales distintos de los invocados en el escrito de demanda.

2.—En el presente caso la acusación versa sobre el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958, en cuanto el actor afirma que es contrario al inciso 4º del artículo 121 de la Carta, que ordena que los Decretos dictados por el Gobierno en estado de sitio 'dejarán de regir" una vez restablecido el orden público.

La disposición acusada, con el propósito de que el Gobierno pudiera levantar el estado de sitio sin que esa medida ocasionara trastornos de orden público, les asignó fuerza legal hasta el último día del presente año a los decretos dictados a partir del 9 de noviembre de 1949, con invocación del artículo 121 de la Carta siempre que no hubieran sido derogados cuando se sancionara dicha ley.

Esta fue sancionada el 16 de agosto de 1958, fecha en la cual no se había levantado el estado de sitio, medida que vino a producirse para la mayor parte del territorio del país, el 27 de agosto subsiguiente.

Como se han presentado varias interpretaciones sobre la expresión "fuerza legal" es necesario precisarla, a fin de indagar su verdadero alcance, siguiendo lo previsto en los artículos 26, 28 y 30 del Código Civil, el segundo y el último de los cuales dicen en su orden que "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio...." y que "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas la debida correspondencia y armonía".

Obviamente las palabras "fuerza legal", se traducen en "fuerza de ley", y sin duda esta idea fue la que tuvo en cuenta el legislador al dictar la norma acusada, ya que el título de la Ley 2ª de 1958 es el siguiente: "Por la cual se da provisionalmente fuerza de ley a ciertas disposiciones y se crea una Comisión interparlamentaria". Además, no fue el legislador de 1958 quien por primera vez incluyó en la terminología legislativa esta expresión. Ella se encuentra entre otros, como luégo se verá, en el artículo 11 de la Ley 153 de 1887 que establece que durante el esado de sitio "los Decretos de carácter legislativo expedidos por el Gobierno a virtud de autorización constitucional, tienem completa fuerza de leyes". Esta forma tiene su antecedente en el artículo Transitorio L. de la Constitución de 1886 que expresaba: "Los actos de carácter legislativo expedidos por el Presidente de la República antes del día en que se sancione esta Constitución continuarán en vigor aunque sean contrarios a ella, mientras no sean expresamente derogados por el Cuerpo Legislativo o revocados por el Gobierno".

Si el Congreso no hubiera tenido em mira que los decretos dictados durante el estado de sitio, dentro de las fechas mencionadas, tuvieran el carácter de leyes, habría dicho simplemente que los prorrogaba como Decretos, lo cual empero no tenía potestad de hacer, pues si bien las facultades que el artículo 76 de la Carta le confiere no son taxativas, no llegan hasta el extremo de que el legislador pueda expresar sus ordenamientos jurídicos mediante la forma propia del Poder Ejecutivo, o sea a través de Decretos de cualquier índole. Y quien no se halla autorizado para proferir esta clase de normas, mal podría prorrogar las dictadas por el Gobierno, con invocación del artículo 121 de la Carta, máxime cuando éstas dejan de regir al restablecerse la normalidad de acuerdo con el inciso 4º de dicha disposición.

Podría argumentarse que para que una norma proferida por el Congreso sea ley, es menester que aparezca en ella su texto íntegro, esto es, que su contenido resulte completo en el respectivo acto, de modo que si las Cámaras no incorporaron la totalidad de los Decretos Legislativos em la Ley 2ª de 1958, éstos no pueden considerarse como leyes, sino que el alcance del mencionado precepto fue el de prolongar como Decretos Legislativos los dictados por el Ejecutivo em el período correspondiente.

Es evidente que normalmente la ley debe manifestar la totalidad de su contenido, para que se acomode a la definición que de ella da el artículo 4º del Código Civil, o sea de declaración de voluntad soberana, manifestada en la forma prevenida en la Constitución; pero no infringe disposición constitucional concreta la forma como el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958 se halla concebido. El Título VIII de la Constitución habla de la formación de las leyes en cuanto a su origen, requisitos de aprobación y sanción del Gobierno. Contiene preceptos relacionados con la mayoría necesaria para votarlas en las comisiones permanentes y en cada una de las Cámaras Plenas. Dispone quiénes están autorizados para intervenir en su discusión, y qué funcionarios en determinados casos pueden ser oídos en el curso de ella. Regula lo referente a las objeciones que puede proponer el Presidente de la República a un proyecto de ley aprobado por el Congreso y la intervención de la Corte cuando la objeción descansa en inconstitucionalidad. Por último, establece como única fórmula sacramental que al texto de las leyes preceda la expresión "el Congreso de Colombia, Decreta".

Mas la completa manifestación de la voluntad legislativa en el texto de la ley en determinadas circunstancias puede sustituírse, pues nada se opone, desde el aspecto constitucional, a que se adopte una forma diferente, como es la consagrada en la Ley 2ª de 1958. En ciertos momentos el legislador colombiano, forzado por circunstancias superiores, ha utilizado sistemas semejantes al contenido en dicha ley, sin que contradigan la Carta Fundamental.

Así la Ley 7ª de 1945 dice en su artículo 1º: 'Adóptanse provisionalmente, con fuerza de ley, los reglamentos que actualmente rigen para el Congreso, para el Senado y para la Cámara, en cuanto no se opongan a las normas de la presente ley, y mientras no se expida la que debe reemplazar en forma permanente dichos reglamentos". Es decir, que este precepto guarda completa analogía con lo dispuesto en la norma acusada, no sólo en cuanto emplea la expresión "fuerza de Ley", sino respecto a la transitoriedad de su vigencia, punto éste que no es materia de reparos, los que, en su caso, carecerían de base, pues por razones que no es menester explicar, hasta la propia Constitución ha tenido artículos transitorios. No sobra recordar, que de acuerdo con el ord. 6º del artículo 76 de la Carta, el Parlamento por medio de leyes, debe "dictar los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras".

Y el artículo 1º de la Ley 57 de 1887 expresa: "Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los Códigos siguientes:....". Parece que no se ha dudado de que con dicha fórmula se dio carácter de leyes a los códigos que rigen en el territorio del país, sin reproducirlos en el texto de la norma por la cual se adoptaron.

Pero es más: en un ámbito diverso pero dentro del mismo orden, el artículo 4º de la referida ley con arreglo al artículo 52 de la superley, declaró incorporado al Código Civil el Título III de ella, norma aquélla que el artículo 7º de la Ley 153 del citado año interpreta y explica así: "El Título III de la Constitución sobre Derechos Civiles y Garantías Sociales tiene también fuerza legal, y dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil". Vale decir, que por autorización de la Carta, las disposiciones de tal título entraron a formar parte del Código Civil, como leyes, por lo cual la Corte ha repetido que fueron bajadas, por así decirlo, al plano legal, y sirven cuando han sido violadas, de fundamento directo para atacar en casación las sentencias susceptibles de este recurso extraordinario (G. J. LIV, 111).

La idea de que la expresión "fuerza legal" indica sólo que la norma correspondiente es de obligatorio cumplimiento en todo el territorio o en parte de éste, o sea que constituye un ordenamiento jurídico de carácter objetivo, no procede en el presente caso, pues quedó sentado que el legislador se propuso elevar a la categoría de ley formal el contenido de los Decretos, y además porque cuando se pretende dar fuerza obligatoria a determinadas disposiciones que no tienen el carácter de leyes, se emplean otras expresiones, como ocurre en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 reformado por la Ley

169 de 1896 artículo 4º, respecto a la doctrina legal probable, que expresa: "Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria tienen fuerza obligatoria (se subraya) y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, o a las leyes ni a doctrina legal más probable". De manera que en contraste con el artículo 11 de la misma ley, ya copiado, el precepto comentado no habla de "fuerza legal".

La objeción de que el artículo 9º del Código Civil expresa que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que el artículo 56 del Código Político y Municipal dispone que no puede alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla después de que esté en observancia, de manera que es indispensable que los ordenamientos legales aparezcan vertidos íntegramente en el texto correspondiente, no tiene trascendencia constitucional, como ya se vio. Mas es de advertir que la Ley 2ª de 1958 en cuanto se entiende que contiene la totalidad de los respectivos Decretos Legislativos, no peca contra la presunción del conocimiento de la ley, entronizada por ésta, pues en los Decretos mismos aparecen todos sus ordenamientos. Además, se hace indispensable destacar que la manera de promulgar la ley se halla regulada no por precepto constitucional, sino por los artículos 52 a 55 del Código Político y Municipal, esto es, por disposiciones simplemente legales, las cuales no pueden ser infringidas por otra ley.

Así las cosas, debe llegarse a la conclusión de que el texto de los Decretos quedó incorporado por remisión de ella en la Ley 2ª de 1958. Para la Corte, en consideración a la necesidad superior del restablecimiento del orden público sin que se ocasionaran trastornos jurídicos, el Congreso recogió en la ley aludida antes de la terminación del estado de sitio en la mayor parte del país, el contexto de los Decretos Legislativos, y siendo difícil reproducirlos por razones de notorio conocimiento remitió su contenido al original, así como el Legislador de 1887 remitió al contenido de los Códigos y como el de 1945 remitió al contenido de los Reglamentos del Congreso. En suma, se produjo una nueva emisión de la voluntad legislativa con igual contenido al de los decretos correspondientes, es decir, que no se prolongaron éstos como tales, sino que ante la dificultad de incorporar su texto, la ley hizo referencia al que aparece en cada uno de ellos, por lo cual no viola el precepto acusado el artículo 121 inciso 4º, de la Constitución.

No es de recibo la alegación sobre que las disposiciones que siendo inconstitucionales en su origen por haberse dictado fuera de los límites del inciso 1º del artículo 121 continúan siéndolo, y la ley que las elevara a leyes sería opuesta a la Constitución, porque de acuerdo con el pensamiento de la Corte la vigencia de los Decretos no fue extendida después del restablecimiento del orden público, sino que su contenido quedó incorporado por referencia al texto de la Ley 2ª de 1958, y el Congreso no puede incidir en desviación del artículo 121 de la ley de leyes. Desde luego, si los Decretos Legislativos pueden incurrir en otras infracciones de la Carta, como han desaparecido en tal carácter es claro que no podrían en la práctica ser objeto de juicio de inexequibilidad por carencia de materia, que la produjo el Congreso al incluír su contenido en una ley, así como se habría configurado respecto a cualquier ley por su derogatoria o en relación con decretos legislativos al restablecerse el orden público. Mas debe advertirse que si cualesquiera de los preceptos de tales decretos atenta contra normas constitucionales diversas al artículo 121, ya como parte integrante de la ley 2ª de 1958 puede ser demandado con apoyo en el artículo 214 de la Constitución, sin que en el momento actual la Corte deba investigar todas y cada una de dichas normas a fin de descubrir su posible inconstitucionalidad, pues la Ley 96 de 1936 establece, como ya se dijo, que la Corte debe proceder al examen correspondiente no sólo por el aspecto que señala el acusador ni en relación con las disposiciones de la Carta por aquél señaladas, mas no dispone que la acción de inexequibilidad comprenda los artículos de la ley que no han sido acusados.

La Ley 2ª de 1958 al elevar a normas legales el contenido de los Decretos Legislativos tantas veces nombrados, puede ser inconstitucional por defectos formales en su expedición de acuerdo con los artículos 76,

numerales 2º a 5º, 80 y 81 de la Carta, es cuestión que no incide en el presente juicio que versa sobre el artículo 1º de la mentada norma, cuyo texto no queda comprendido en dichos numerales que se refieren a las leyes sobre Códigos, Presupuesto, Planeación, División territorial del país, creación de Municipios, Contribuciones de Ministerio Público. Si cualesquiera de los puntos regulados en los Decretos Legislativos elevados a la categoría de leyes exigía determinado origen o sistema de adopción u otro requisito formal, es punto que podrá plantearse al demandarse concretamente el correspondiente precepto, como parte integrante de la Ley 2ª de 1958.

Por último que los decretos declarados inexequibles por la Corte hasta la fecha, fueron revividos por la ley, constituye objeción carente de base jurídica, porque si bien la disposición acusada se refiere sólo a la expresa o tácita derogación, resulta diáfano que como consecuencia de declaratoria de inconstitucionalidad, las respectivas disposiciones dejaron de regir.

3.—Se recuerda que el hecho de que algunos decretos puedan haberse proferido con desviación del artículo 121 de la Constitución, no es obstáculo para que la Corte se pronuncie en teoría y para efectos de la responsabilidad de quien los dictó sobre las demandas aducidas antes del levantamiento del estado de sitio, de conformidad con jurisprudencias de esta Corporación que en tal supuesto atenúan la doctrina de la "sustracción de materia" y que aparecen en la GACETA JUDICIAL, Tomo LXX, Pág. 718.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, once de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.)

El ciudadano Carlos García Herreros O., quien presentó la cédula número 2017900 de Bucaramanga, en ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 214 de la Constitución y mediante el trámite consagrado en la Ley 96 de 1936, solicita se declare inexequible el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958, que dice: "Artículo 1º Con el fin de que el Gobierno pueda declarar restablecido el orden público sin que esa medida ocasione trastornos de carácter jurídico, tendrán fuerza legal hasta el 31 de diciembre de 1959 los Decretos dictados a partir del 9 de noviembre de 1949, para cuya expedición se haya invocado el artículo 121 de la Constitución Nacional y que no hayan sido expresa o tácitamente derogados para la fecha de la sanción de la presente ley".

Los fundamentos de la demanda son, en resumen, los siguientes:

a) El precepto acusado contradice el artículo 121 de la Constitución Nacional, especialmente en su inciso 4º que dice: "El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado".

En efecto, al establecer dicha disposición que los decretos a que ella se refiere tendrán fuerza legal hasta el 31 de diciembre de 1959, o hasta que se deroguen, modifiquen o sustituyan por el Congreso, "prolonga, caso de que se declare restablecido el orden público o se levante el estado de sitio, antes de la última fecha expresada y desde tal declaración o levantamiento, la vigencia de las disposiciones contenidas en decretos a que da fuerza legal, propias exclusivamente del estado de sitio e incompatibles con el estado constitucional normal o de no estado de sitio". Y no está entre las facultades del Congreso dictar una ley que permita la prolongación de uno de los efectos exclusivamente propios del estado de sitio, fuera del tiempo en que aquél rige.

b) El artículo acusado da fuerza legal, por el tiempo en él contemplado, "a disposiciones que siendo inconstitucionales en su origen, por haberse dictado fuera de los límites del inciso 1º del artículo 121 de la Constitución Nacional, son también inconstitucionales en sí, es decir, por su contenido, opuesto a la Constitución Nacional". Agrega el acusador que "el legislador no pueda dar fuerza legal a lo que en sí es opuesto a la Constitución Nacional, porque la ley que así lo diga, en ello es inconstitucional".

c) En cuanto "el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958 da vigencia a todos los decretos para cuya expedición se haya invocado el artículo 121 de la Constitución Nacional y que no hayan sido expresa o tácitamente derogados, revive lo que es imposible revivir, con fuerza legal: Las disposiciones contenidas en tales decretos declaradas inexequibles...".

d) "Este artículo (1º, Ley 2ª de 1958)....., no

fue dictado constitucionalmente en cuanto comprende prolongación de vigencia, con fuerza legal, de decretos que modificaron, de una u otra manera, cuestiones a las que se refieren los numerales 2º, 3º, 4º y 5o. del artículo 76 de la Constitución Nacional. En efecto, el artículo 80 de la Constitución Nacional dice: "Las leyes a que se refieren los numerales 2º, 3º, 4º y 5o. del artículo 76 no podrán ser dictadas o reformadas sino en virtud de proyectos adoptados por las respectivas Comisiones Permanentes de una u otra Cámara, o presentados por los Ministros del Despacho" numeral 2º). Y el numeral 1º del artículo 81 de la misma ley dice: "Haber sido aprobado en la Comisión correspondiente de cada Cámara, en primer debate, por mayoría absoluta de votos".

El señor Procurador General de la Nación en concepto de 4 de noviembre de 1958 considera que la disposición acusada es exequible y no se opone el artículo 121 de la Carta, porque no vino propiamente a extender para cuando se restableciera el orden público, como ya ocurrió, la vigencia de los decretos extraordinarios, sino que elevó a la categoría de leyes todas aquellas normas que antes regían como Decretos Legislativos, según se desprende de su mismo tenor literal, pues la expresión "tendrán fuerza legal" no puede significar sino que "serán leyes", y tal fue la intención del legislador como aparece de la historia del establecimiento de la ley.

En consecuencia, la Procuraduría estima que no ha sido prolongada la vigencia de los Decretos Legislativos en ese carácter, y que tales Decretos han desaparecido; cosa distinta es que el legislador los haya convertido en leyes. Y que si bien "muchos de ellos fueron probablemente inconstitucionales porque no se ciñeron estrictamente al carácter del mandato contenido en el artículo 121 de la Constitución, tal acusación resulta hoy inoperante por sustracción de materia, como quiera que aquellas medidas extraordinarias dejaron de existir".

Concluye así el Procurador: "Ahora, que muchos de aquellos Decretos, hoy leyes, puedan resultar inconstitucionales por violatorios de normas de la Carta diferentes a la del artículo 121, es muy probable. Pero ello no podría estudiarse en abstracto sino a virtud de acusación en concreto con el lleno de los requisitos exigidos por el artículo 2º de la Ley 96 de 1936".

La Corte considera:

Para que prospere una acción de inexequibilidad, es mentester que el precepto legal acusado infrinja clarmente determinadas normas constitucionales. De conformidad con el artículo 2º de la Ley 96 de 1936, el radio de acción de la Corte se limita al examen de la disposición o disposiciones acusadas como inconstitucionales, mas no solo por los aspectos que señale el acusador, sino también por aquellos otros que la Corte al fallar el negocio encontrare, aún en relación con textos o principios constitucionales distintos de los invocados en el escrito de demanda.

En el presente caso la acusación versa sobre el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958, antes transcrito, en cuanto el actor afirma que es contrario al inciso 4º del artículo 121 de la Carta , que ordena que los Decretos dictados por el Gobierno en estado de sitio "dejarán de regir" una vez restablecido el orden público.

La disposición acusada, con el propósito de que el Gobierno pudiera levantar el estado de sitio sin que esa medida ocasionara trastornos de orden público, les asignó fuerza legal hasta el último día del presente año a los decretos dictados a partir del 9 de noviembre de 1949, con invocación del artículo 121 de la Carta siempre que no hubieran sido derogados cuando se sancionara dicha ley.

Esta fue sancionada el 16 de agosto de 1958, fecha en la cual no se había levantado el estado de sitio, medida que vino a producirse para la mayor parte del territorio del país, el 27 de agosto subsiguiente.

Como se han presentado varias interpretaciones sobre la expresión "fuerza legal" es necesario precisarla, a fin de indagar su verdadero alcance, siguiendo lo previsto en los artículos 26, 28 y 30 del Código Civil, el segundo y el último de los cuales dicen en su orden que "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio..." y que "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas la debida correspondencia y armonía".

Obviamente las palabras "fuerza legal", se traducen en "fuerza de ley", y sin duda esta idea fue la que tuvo en cuenta el legislador al dictar la norma acusada, ya que el Título de la Ley 2ª de 1958 es el siguiente: "Por la cual se da provisionalmente fuerza de ley a ciertas disposiciones y se crea una Comisión interparlamentaria". Además, no fue el legislador de 1958 quien por primera vez incluyó en la terminología legislativa dicha expresión. Ella se encuentra entre otros, como luégo se verá, en el artículo 11 de la Ley

153 de 1887 que establece que durante el estado de sitio "los Decretos de carácter legislativo expedidos por el Gobierno a virtud de autorización constitucional, tienen completa fuerza de leyes". Esta forma tiene su antecedente en el artículo Transitorio L de la Constitución de 1886 que expresaba: "Los actos de carácter legislativo expedidos por el Presidente de la República antes del día en que se sancione esta Constitución continuarán en vigor aunque sean contrarios a ella, mientras no sean expresamente derogados por el Cuerpo Legislativo o revocado por el Gobierno".

Si el Congreso no hubiera tenido en mira que los decretos dictados durante el estado de sitio, dentro de las fechas mencionadas, tuvieran el carácter de leyes, habría dicho simplemente que los prorrogaba como Decretos, lo cual empero no tenía potestad de hacer, pues si bien las facultades que el artículo 76 de la Carta le confiere no son taxativas, no llegan hasta el extremo de que el legislador pueda expresar sus ordenamientos jurídicos mediante la forma propia del Poder Ejecutivo, o sea a través de Decretos de cualquier índole. Y quien no se halla autorizado para proferir esta clase de normas, mal podría prorrogar las dictadas por el Gobierno, con invocación del artículo 121 de la Carta, máxime cuando éstas dejan de regir al restablecerse la normalidad de acuerdo con el inciso 4º de dicha disposición.

Podría argumentarse que para que una norma proferida por el Congreso sea ley, es menester que aparezca en ella su texto íntegro, esto es, que su contenido resulte completo en el respectivo acto, de modo que si las Cámaras no incorporaron la totalidad de los decretos legislativos en la Ley 2ª de 1958, éstos no pueden considerarse como leyes, sino que el alcance del mencionado precepto fue el de prolongar como Decretos Legislativos los dictados por el Ejecutivo en el período correspondiente.

Es evidente que normalmente la ley debe manifestar la totalidad de su contenido, para que se acomode a la definición que de ella da el artículo 4º del Código Civil, o sea de declaración de voluntad soberana, manifestada en la forma prevenida en la Constitución; pero no infringe disposición constitucional concreta la forma como el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958 se halla concebido. El Título VII de la Constitución habla de la formación de las leyes en cuanto a su origen, requisitos de aprobación y sanción del Gobierno. Contiene preceptos relacionados con la mayoría necesaria para votarlas en las comisiones permanentes y en cada una de las Cámaras Plenas. Dispone quiénes están autorizados para intervenir en su discusión, y qué funcionarios en determinados casos pueden ser oídos en el curso de ella. Regula lo referente a las objeciones que puede proponer el Presidente de la República a un proyecto de ley aprobado por el Congreso y la intervención de la Corte cuando la objeción descansa en inconstitucionalidad. Por último, establece como única fórmula sacramental que al texto de las leyes preceda la expresión "'El Congreso de Colombia, Decreta".

Mas la completa manifestación de la voluntad legislativa en el texto de la ley en determinadas circunstancias puede sustituírse, pues nada se opone, desde el aspecto constitucional, a que se adopte una forma diferente, como es la consagrada en la Ley 2ª de 1958. En ciertos momentos el legislador colombiano, forzado por circunstancias superiores, ha utilizado sistemas semejantes al contenido de dicha ley, sin que contradigan la Carta fundamental.

Así la Ley 7ª de 1945 dice en su artículo 1º: "Adóptanse provisionalmente, con fuerza de ley, los reglamentos que actualmente rigen para el Congreso, para el Senado y para la Cámara, en cuanto no se opongan a las normas de la presente ley, y mientras no se expida la que debe reemplazar en forma permanente dichos reglamentos". Es decir, que este precepto guarda completa analogía con lo dispuesto en la norma acusada, no sólo en cuanto emplea la expresión "fuerza de Ley", sino respecto a la transitoriedad de su vigencia, punto éste que no es materia de reparos, los que, en su caso, carecerían de base, pues por razones que no es menester explicar, hasta la propia Constitución ha tenido artículos transitorios. No sobra recordar, que de acuerdo con el ordinal 6º del artículo 76 de la Carta, el Parlamento por medio de leyes, debe "dictar los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras".

Y el artículo 1º de la Ley 57 de 1887 expresa: "Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los códigos siguientes...". Parece que no se ha dudado de que con dicha fórmula se dio carácter de leyes a los códigos que rigen en el territorio del país, sin reproducirlos en el texto de la norma por la cual se adoptaron.

Pero es más: en un ámbito diverso pero dentro

del mismo orden, el artículo 4º de la referida ley con arreglo al artículo 52 de la superley, declaró incorporado al Código Civil el Título III de ella, norma aquélla que el artículo 7º de la Ley 153 del citado año interpreta y explica así: "El Título III de la Constitución sobre Derechos Civiles y Garantías Sociales tiene también fuerza legal, y dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil". Vale decir, que por autorización de la Carta, las disposiciones de tal Título entraron a formar parte del Código Civil, como leyes, por lo cual la Corte ha repetido que fueran bajadas, por así decirlo, al pleno legal y sirven cuando han sido violadas, de fundamento directo para atacar en casación las sentencias susceptibles de este recurso extraordinario (G. J. LIV, 111).

La idea de que la expresión "fuerza legal" indica sólo que la norma correspondiente es de obligatorio cumplimiento en todo el territorio o en parte de éste, o sea que constituye un ordenamiento jurídico de carácter objetivo, no procede en el presente caso, pues quedó sentado que el legislador se propuso elevar a la categoría de ley formal el contenido de los decretos, y además porque cuando se pretende dar fuerza obligatoria a determinadas disposiciones que no tienen el carácter de leyes, se emplean otras expresiones, como ocurre en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 reformado por la Ley 169 de 1896 artículo 4º, respecto a la doctrina legal probable, que expresa: 'Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria tienen fuerza obligatoria (se subraya) y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a doctrina legal más probable". De manera que en contraste con el artículo 11 de la misma ley, ya copiado, el precepto comentado no habla de "fuerza legal".

La objeción de que el artículo 9º del Código Civil expresa que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que el artículo 56 del Código Político y Municipal dispone que no puede alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla después de que esté en observancia, de manera que es indispensable que los ordenamientos legales aparezcan vertidos íntegramente en el texto correspondiente, no tiene trascendencia constitucional, como ya se vio. Mas es de advertir que la Ley 2ª de 1958 en cuanto se entiende que contiene la totalidad de los respectivos Decretos Legislativos. no peca contra la presunción del conocimiento de la ley, entronizada por ésta, pues en los Decretos mismos aparecen todos sus ordenamientos. Además, se hace indispensable destacar que la manera de promulgar la ley se halla regulada no por precepto constitucional, sino por los artículos 52 a 55 del Código Político y Municipal, esto es, por disposiciones simplemente legales, las cuales no pueden ser infringidas por otra ley.

Así las cosas, debe llegarse a la conclusión de que el texto de los Decretos quedó incorporado por remisión de ella en la Ley 2ª de 1958. Para la Corte, en consideración a la necesidad superior del restablecimiento del orden público sin que se ocasionaran trastornos jurídicos, el Congreso recogió en la ley aludida antes de la terminación del estado de sitio en la mayor parte del país, el contexto de los decretos legislativos, y siendo difícil reproducirlos por razones de notorio conocimiento remitió su contenido al original, así como el Legislador de 1887 remitió al contenido de los códigos y como el de 1945 remitió al contenido de los Reglamentos del Congreso. En suma, se produjo una nueva emisión de la voluntad legislativa con igual contenido al de los decretos correspondientes, es decir, que no se prolongaron éstos como tales, sino que ante la dificultad de incorporar su texto, la ley hizo referencia al que aparece en cada uno de ellos, por lo cual no viola el precepto acusado el artículo 121 inciso 4º, de la Constitución.

No es de recibo la alegación del demandante sobre que las disposiciones que siendo inconstitucionales en su origen por haberse dictado fuera de los límites del inciso 1º del artículo 121 continúan siéndolo, y la ley que las elevara a leyes sería opuesta a la Constitución, porque de acuerdo con el pensamiento de la Corte la vigencia de los decretos no fue extendida después del restablecimiento del orden público, sino que su contenido quedó incorporado por referencia al texto de la Ley 2ª de 1958, y el Congreso no puede incidir en desviación del artículo 121 de la ley de leyes. Desde luego, si los decretos legislativos pueden incurrir en otras infracicones a la Carta, como han desaparecido en tal carácter es claro que no podrían en la práctica ser objeto de juicio de inexequibilidad por carencia de materia, que la produjo el Congreso al incluír su contenido en una ley, así como se habría configurado respecto a cualquier ley por su derogatoria o en relación con decretos legislativos al restablecerse el orden público. Mas debe advertirse que si cualesquiera de los preceptos de tales decretos atenta contra

normas constitucionales diversas al artículo 121, ya como parte integrante de la Ley 2ª de 1958 puede ser demandado con apoyo en el artículo 214 de la Constitución, sin que en el momento actual la Corte deba investigar todas y cada una de dichas normas a fin de descubrir su posible inconstitucionalidad, pues la Ley 96 de 1936 establece, como ya se dijo, que la Corte debe proceder al examen correspondiente no sólo por el aspecto que señala el acusador ni en relación con las disposiciones de la Carta por aquél señaladas, mas no dispone que la acción de inexequibilidad comprenda los artículos de la ley que no han sido acusados.

Se recuerda que el hecho de que algunos decretos puedan haberse proferido con desviación del artículo 121 de la Constitución, no es obstáculo para que la Corte se pronuncie en teoría y para efectos de la responsabilidad de quien los dictó sobre las demandas aducidas antes del levantamiento del estado de sitio, de conformidad con jurisprudencias de esta corporación que en tal supuesto atenúan la doctrina de la "sustracción de materia" y que aparecen en la GACETA JUDICIAL, Tomo LXX, Pág. 718.

Y que la Ley 2ª de 1958 al elevar a normas legales el contenido de los Decretos Legislativos tantas veces nombrados, puede ser inconstitucional por defectos formales en su expedición de acuerdo con los artículos 76, numerales 2º a 5º, 80 y 81 de la Carta, es cuestión que no incide en el presente juicio que versa sobre el artículo 1º de la mentada norma, cuyo texto no queda comprendido en dichos numerales que se refieren a las leyes sobre Códigos, Presupuesto, Planeación, División territorial del país, creación de Municipios Contribuciones y Ministerio Público. Si cualesquiera de los puntos regulados en los Decretos Legislativos elevados a la categoría de leyes exigía determinado origen o sistema de adopción u otro requisito formal, es punto que podrá plantearse al demandarse concretamente el correspondiente precepto ,como parte integrante de la Ley 2ª de 1958.

Por último, que los decretos declarados inexequibles por la Corte hasta la fecha, fueron revividos por la ley, constituye objeción carente de base jurídica, porque si bien la disposición acusada se refiere sólo a la expresa o tácita derogación, resulta diáfano que como consecuencia de declaratoria de inconstitucionalidad, las respectivas disposiciones dejaron de regir.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador General de la Nación, declara EXEQUIBLE el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL, previa comunicación al Gobierno.

Con salvamento de voto **José Hernández Arbeláez—Ramiro Araújo Grau**—Con salvamento de voto, **Humberto Barrera Domínguez—Luis Alberto Bravo**—Con salvamento de voto, **Gabriel Carreño Mallarino—Enrique Coral Velasco—Ignacio Escallón**—Con salvamento de voto, **Luis Eduardo Mejía Jiménez—Hernando Morales M.**—Con salvamento de voto, **Simón Montero Torres—Efrén Osejo Peña**—Con salvamento de voto, **Pedro Pacheco Osorio—Luis Fernando Paredes**—Con salvamento de voto, **Carlos Peláez Trujillo—Arturo C. Posada**—Con salvamento de voto, **Gustavo Rendón G.—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Vélez García—Luis Carlos Zambrano—Roberto De Zubiría C.—Jorge Soto Soto**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES HERNANDEZ ARBELAEZ, MEJIA JIMENEZ, BARRERA DOMINGUEZ, PACHECO OSORIO, PELAEZ TRUJILLO Y RENDON GAVIRIA, EN EL FALLO QUE PRECEDE

De acuerdo con la parte resolutiva que declara exequible el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958, expresamos con mucho respeto las razones de nuestro disentimiento en la parte motiva de la sentencia:

1. La Ley 2ª de 1958 no hace nada más que conservar hasta el 31 de diciembre de 1959 el carácter obligatorio de los decretos legislativos dictados durante el estado de sitio. Es notorio su propósito de precaver las consecuencias adversas que habrían de producirse si hubieran dejado de regir automáticamente aquellos decretos al restablecerse el orden público. Apenas se trata de una regulación provisional y de emergencia surgida de la necesidad de restaurar cuanto antes la vida institucional de la república después de la grave anormalidad que experimentara por el mantenimiento del estado de sitio durante cerca de diez años, interregno en el cual por una serie incodificable de decretos se dieron normas sobre toda suerte de materias y se crearon situaciones de diversa índole a que se encuentran vinculados los principios tutelares de la seguridad jurídica.

El regreso al orden institucional nunca podría lograrse con desmedro de la tranquilidad pública. Y si hubieran dejado de regir intempestivamente aquellas normas, habrían venido como secuela profundas perturbaciones económico-jurídicas para ocasionar así el círculo vicioso de que la restauración del estado de derecho provocara el desorden en materia tan peligrosa que habrían de conducir otra vez al estado de sitio.

2. El plazo razonable que la Ley 2ª señala para que los decretos continúen en vigencia, obedece sin duda al requerimiento impostergable de escrutar primero la realidad nacional para proveer en seguida a la solución justa y equitativa de los diversos problemas planteados por las dichas regulaciones anómalas. Ello exige el tiempo necesario para decidir con acierto qué normas deben conservarse, cuáles modificarse y el señalamiento de las que han de abolirse.

No es otro el fin de utilidad general de la Ley 2ª. Pero su preceptiva, aunque provista a la vez de fuerza obligatoria, carece sin embargo de aptitud para trasmutar la naturaleza jurídica de los actos gubernamentales de vigencia transitoria, por la nota de precariedad **ab initio** propia de los decretos legislativos por mandato de la Carta, precariedad que continúa del mismo modo a pesar de la prórroga de su vigencia prevista por el parlamento.

3. Es indudable que por el artículo 121 en armonía con el ordinal 8º, artículo 118 de la Constitución Nacional, le está vedado al Presidente de la República dictar decretos legislativos cuya fuerza perdure con posterioridad al restablecimiento del orden público. Pero no es menos claro que ni esas normas ni otra alguna constitucional impide al parlamento proveer de fuerza legal a los dichos decretos, aún para después del levantamiento del estado de sitio:

a) O porque los recoja como leyes individualizadas;

b) O porque revista al Presidente de la República de facultades extraordinarias **pro tempore** con la precisa finalidad de convertirlos en decretos-leyes según las necesidades o conveniencias publicas; y

c) O, con mayor razón, si lo prefiere, porque una ley sin cambiar para nada la naturaleza de los decretos legislativos prolongue temporalmente la fuerza obligatoria que con origen exclusivamente gubernamental no podrían tener para después de que el orden público sea restablecido.

Es obvio que en este último evento la vigencia ulterior de los decretos legislativos no dimana del Gobierno sino de la voluntad del Congreso expresada en representación del pueblo colombiano.

5. Si para la misma finalidad de evitar "trastornos de carácter jurídico" pudo el legislador elegir entre tres vías diferentes, resultaría inadecuada la interpretación de constreñirle a seguir una sola de ellas: la de convertir en leyes los decretos. Y el criterio parecería erróneo por demás cuando en concreto surge con claridad del texto de la Ley 2ª y de la historia fidedigna de su establecimiento que el camino escogido no fue otro que el de prolongar hasta el 31 de diciembre de 1959 la fuerza obligatoria de los decretos legislativos para que

de inmediato pudiera restablecerse el orden público. Esto es, que de las tres alternativas posibles el legislador colombiano eligió la preferible dentro de su arbitrio soberano.

6. Cuando se recibe como indiscutible la proposición de que por la Ley 2ª de 1958 han venido a ser leyes de la república los decretos de estado de sitio, se reconoce también como indiscutible el poder constitucional del legislador para estatuír de esa manera. Y como dentro de la jerarquía normativa no es oscuro determinar que ocupan rango más elevado las leyes que los decretos, es de necesidad ver que si el parlamento habla de fuerza legal para los últimos no practica ninguna suerte de alquimia jurídica que transformara la naturaleza de las cosas, sino simplemente que el legislador, capacitado como estaba para convertir en leyes los decretos (que es poder lo más), prefirió en el ejercicio de su arbitrio soberano limitarse a prorrogar transitoriamente la fuerza obligatoria de los decretos (que es poder lo menos), y ya que por este medio se alcanza el fin ostensible de la ley dictada para conjurar los trastornos de carácter jurídico que el levantamiento del estado de sitio pudiese suscitar.

7. En consecuencia: Si el parlamento podía convertir en leyes los decretos, su capacidad para actuar válidamente en el ámbito constitucional no habrá de menoscabarse porque haya preferido que la fuerza obligatoria, esto es fuerza legal de los decretos continúe hasta el 31 de diciembre de 1959, sin cambiarles para nada su naturaleza jurídica.

Fecha ut supra.

José Hernández Arbeláez—Carlos Peláez Trujillo— Humberto Barrera Domínguez— Gustavo Rendón Gaviria—Luis Eduardo Mejía J.—Pedro Pacheco Osorio.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES GABRIEL CARREÑO MALLARINO Y SIMON MONTERO TORRES

Las razones que nos llevan a apartarnos con no menor respeto que firmeza de la doctrina acogida por la mayoría de la Sala al decidir de la suerte de la Ley 2ª de 1958, son las siguientes:

Según el texto claro e inequívoco de dicha ley (artículo 1º), "tendrán fuerza legal hasta el 31 de diciembre de 1959 los decretos dictados a partir del 9 de noviembre de 1949, para cuya expedición se haya invocado el artículo 121 de la Constitución Nacional, y que no hayan sido expresa o tácitamente derogados" hasta el 16 de agosto de 1958.

Los móviles o propósitos del legislador no suelen incorporarse, como ocurría en tiempos de Alfonso X el Sabio, en el texto mismo de la norma. Hoy la práctica y la técnica a este respecto han hecho que las leyes de todo orden sólo contengan el mandato, la prohibición, el permiso o la pena (V. artículo 4º del Código Civil). Pero en el caso de la Ley 2ª de 1958 se volvió al sistema antiguo, y a la propia norma se le incorporó expresamente el propósito.

¿Con qué fin se prolongó hasta el último de diciembre de 1959 la fuerza legal de los decretos dictados durante el estado de sitio con apoyo en el artículo 121 de la Carta? "Con el fin de que el Gobierno pueda declarar restablecido el orden público, sin que esa medida ocasione trastornos de carácter jurídico".

El análisis del artículo 1º de la Ley 2ª de 1958, para que sea valedero y exacto, hay que hacerlo, plazca o desplazca, a la sola luz de su expresa finalidad.

¿Puede, la aplicación de la Carta, y más concretamente la de su artículo 121 (inciso 4º), "ocasionar trastornos de carácter jurídico?"

Cualquiera persona que se acerque a este problema con criterio sereno y objetivo, puede resolver satisfactoriamente la cuestión sin mayor esfuerzo intelectual. Lo que ocasiona "trastornos jurídicos" no es, no puede ser en manera alguna, la aplicación de la ley de leyes, sino su quebrantamiento.

El propósito, o expresa razón de ser del texto transcrito de la Ley 2ª, pugna abiertamente con la verdad jurídica lo mismo que con la verdad real; luego dicho texto es inexequible.

Más aún: la última parte del cuarto inciso del artículo 121 de la Carta contiene un mandato imperativo —"y dejarán de regir, dice, los decretos de carácter extraordinario"— al levantarse el estado de sitio. Este mandato imperativo no puede ni debe burlarlo nadie, así sea con el esguince consistente en afirmar que se trata de eludir imposibles "trastornos jurídicos".

Aseverar que el restablecimiento del orden público ocasiona esa clase de trastornos, es lo mismo que sostener que una vez perturbado el orden, no hay salida posible al régimen normal, lo que entraña, a la luz de la pura dialéctica una palmaria contradicción en los términos.

* * *

¿Tiene acaso el Congreso atribución constitucional para conferir "fuerza de ley" por cierto plazo a decretos extraordinarios cuya vigencia, según la misma Carta, no es dado prolongar más allá del restablecimiento del orden público? No la tiene, ni es concebible que la haya tenido estando en pleno vigor, por ministerio de la reforma plebiscitaria, la totalidad del artículo 121 de la Constitución.

De las voces del artículo 20 ibídem dedúcese, además, como verdad inconcusa, que los funcionarios y las entidades del Estado de que ellos forman parte, ya sean del orden legislativo o del ejecutivo o del jurisdiccional, sólo pueden hacer válidamente aquello para lo cual se les ha otorgado atribución expresa. La extralimitación de funciones no crea derecho. Para que la Ley 2ª de 1958 tuviera respaldo en la Carta, sería menester que en ésta hubiese alguna norma permanente, o aun transitoria, con la atribución que se echa de menos. Pero esa norma, que por su índole habría de ser excepcionalísima, no existe. Y siendo esto así, como lo es, ¿con qué derecho podría el legislador recortar el alcance, neto y perentorio, del inciso 4º del artículo 121 de nuestro estatuto fundamental?. Todo lo que signifique, jurídicamente hablando, excepción o salvedad requiere siempre un texto expreso. Exceptionis sunt strictisime interpretationis. (V. en relación con esta

materia todo el tratado de las facultades constitucionales del Congreso).

Y no se diga que lo que la Ley 2ª de 1958 hizo fue CONVERTIR o CAMBIAR la sustancia de todos y cada uno de los decretos del régimen marcial en la sustancia de otras tantas leyes de la República, porque para ello el Parlamento ha de sujetarse a lo dispuesto en el título VII de la Carta y a las demás normas de la misma que con dicho título se relacionan y concuerdan.

En ninguna parte de nuestro estatuto fundamental hay facultad para legislar, a oscuras, por simples y vagas referencias, sin estudio de temas, sin intervención de las comisiones parlamentarias en cada uno de éstos, sin madura y detenida consideración de la materia; es decir, no existe autorización de legislar PARA SALIR DEL PASO. Y esto fue lo que —sin duda de buena fé— se hizo o lo que se quiso hacer por medio de la Ley 2ª de 1958.

* * *

Asevérase que una declaración de inexequibilidad de esta ley dejaría a la nación "sin piso jurídico" en lo social, en lo económico y aun en punto de legislación represiva.

Esto no pasa de ser un vano temor sin asidero en la realidad colombiana; porque para todas esas materias hay leyes ordinarias no inferiores, en todo caso, a la mayoría de los decretos del régimen marcial.

En asuntos monetarios, por ejemplo, al país no le pasa nada con que dejen de regir tales decretos. El mercado de divisas se mueve dentro de una libertad que no se conoció durante el estado de sitio.

Las medidas que con el pretexto del artículo 121 y sin relación alguna con el orden público, se expidieron por el Gobierno en otros ramos de la legislación, lejos de aclararla o mejorarla, la desarticularon y confundieron. La vuelta a lo antiguo es el regreso a la sensatez.

En lo social, el restablecimiento del orden no tiene por qué ocasionar "trastornos jurídicos", pues nadie ignora que las relaciones obrero-patronales han venido regulándose de tiempo atrás por pactos colectivos de trabajo cuya fuente es el consentimiento de las partes y cuya validez no está sujeta a la suerte de los decretos que en un momento dado pudieron servir de puntos de referencia.

No es cierto —se repite— que al caducar el régimen marcial por el restablecimiento del orden público, el país haya de caer en el vacío, entre otras razones, porque de lo que se trata es de sacarlo de aquél a donde fue precipitado por haberse entendido mal el alcance de las atribuciones restauradoras de que habla el artículo 121 de la Carta.

Por último, no hay que olvidar que el levantamiento del estado de sitio se produjo en forma parcial y que, mientras haya una vara cuadrada de terreno en donde impere el régimen de legalidad excepcional, el Gobierno conserva las inherentes facultades extraordinarias.

Gabriel Carreño Mallarino—Simón Montero Torres.

TERRENOS EJIDOS MUNICIPALES. — A QUIENES CORRESPONDE SU ADMINISTRACION. — SE DECLARAN EXEQUIBLES LOS ARTICULOS 2º, 20 Y 21, ESTE EN SUS ORDINALES 1º, 2º, 3º Y 4º DE LA LEY 41 DE 1948 "POR LA CUAL SE DICTAN ALGUNAS DISPOSICIONES SOBRE TERRENOS EJIDOS Y SOBRE PERSONEROS DELEGADOS"

Es entendido que la administración de los ejidos municipales a que se refiere el artículo 2º de la Ley 41 de 1948, ha de ejercerse a tenor de lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 197 de la Constitución, que atribuye a los Concejos la ordenación por medio de Acuerdos de la administración del Municipio, administración que naturalmente comprende la de los ejidos de propiedad del mismo.

Si el referido artículo 2º hubiera establecido que esta administración se lleve a cabo en forma distinta de la señalada en la Constitución, necesariamente sería inexequible, pero nada de eso aparece en la ley.

El artículo 42 de la Constitución Nacional dice que el Ministerio Público será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás fiscales que designe la ley.

En esta enumeración no se mencionan los Personeros Municipales, ni mucho menos los llamados Personeros Delegados que autoriza crear el artículo 20 de la Ley 41 de 1948.

Pero aun suponiendo que los Personeros Municipales sean Agentes del Ministerio Público, la enumeración del artículo 143 no impide que la ley pueda conferir otras funciones a dichos Personeros y al efecto se las ha otorgado como ocurre con la representación jurídica de los Municipios y que no enumera el artículo 143 de la Constitución (artículo 234 del C. P. y M.). Los llamados Personeros Delegados podrían incorporarse en la atribución 3ª del artículo 197 de la Carta que autoriza a los Consejos para elegir los demás empleados que la ley determine, que es lo que precisamente hace la Ley 41 de 1948 en el artículo 20.

La Ley 19 de 1937 autorizó al señor Personero Municipal de la ciudad de Bogotá para delegar en subalternos de su oficina, la representación que le compete a dicho funcionario en materia judicial, o si se quiere mejor jurídica y especialmente para delegar en un empleado o en varios la función que le corresponde en lo tocante a los asuntos penales de cierta categoría.

Esa misma ley creó la expresión Personeros Delegados para aplicarla a estos funcionarios que reciben la mencionada investidura.

Se podría pensar que en la Ley 41 de 1948 se autoriza a los Concejos para crear Personeros Municipales Delegados, o sea que por medio de ella el Legislador delega facultades que corresponden al Personero y que naturalmente es éste quien debe y puede delegarlas.

Pero en realidad de verdad lo que hizo la citada ley fue autorizar a los Concejos para crear unos funcionarios a quienes encargó de una función determinada en ejercicio de la facultad contenida en el ordinal 1º del artículo 197 de la Constitución y a los cuales dio impropiamente el nombre de Personeros Delegados, autorización respaldada por la atribución 3ª del mismo artículo en su parte final que dice "'y los demás funcionarios o empleados que la ley determine".

Aunque el Código Político y Municipal contiene disposiciones acerca de los Personeros Municipales y sus atribuciones, ello no contradice lo que se acaba de expresar y aun en el supuesto de que realmente la Ley 41 de 1948 modificara tales atribuciones ello no sería inconstitucional puesto que una ley puede ser modificada por otra.

La Constitución no contiene ninguna disposición específica de los Personeros Municipales y ni siquiera los clasifica entre los Agentes del Ministerio Público y no sería bastante el hecho de que generalmente se

les considere tanto por la costumbre como por las leyes como que tienem esa calidad para basar una falla constitucional en la Ley 41 de 1948.

Además los Personeros tienem la representación en muchos asuntos del ordem municipal.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

El abogado doctor Miguel Dueñas Tello, propuso en ejercicio de la acción que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional demanda de inconstitucionalidad a fin de que se declaren inexequibles los artículos 2º, 20 y 21, éste en sus ordinales 1º, 2º, 3o. y 4o. de la Ley 41 de 1948, "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre terrenos ejidos y sobre personeros delegados".

Las disposiciones acusadas son del siguiente tenor:

"Artículo 2º. La administración de los terrenos ejidos, tanto urbanos como rurales, corresponde al Concejo Municipal del Distrito de su ubicación.

"Esta administración podrán ejercerla los Concejos Municipales por conducto de un personero delegado para ejidos y vivienda popular, funcionario que tendrá las facultades que más adelante se hablará.

"Artículo 20. Autorízase a los Concejos Municipales de los distritos donde hubiere situados terrenos ejidos, para crear el empleo de personero municipal delegado para ejidos y vivienda popular, y la oficina correspondiente con el personal que determinen los mismos Concejos.

"Artículo 21. Son funciones del Personero Municipal delegado para ejidos y vivienda popular, las siguientes:

"1ª. Representar al Municipio en todos los negocios relacionados con sus terrenos ejidos, fundación de barrios populares, construcción de casas para obreros y empleados, distribución de las mismas etc.

2ª. Tramitar los expedientes sobre propuestas de compra de ejidos, practicando personalmente las pruebas exigidas para acreditar que se reunen los requisitos necesarios para poder ser comprador de ejidos y que el lote cumple también con las exigencias del artículo 5º de esta ley.

"3ª. Dictar la resolución en que, previo análisis de las pruebas resuelva lo que sea pertinente, accediendo, negando, ordenando la práctica de nuevas pruebas etc.

"6ª. Dar en arrendamiento los lotes de terrenos ejidos urbanos a las personas que los ocupan y que carezcan de medios para adquirirlos en propiedad".

El abogado Dueñas Tello sustenta su acción en lo siguiente:

En primer lugar nuestro régimen constitucional reparte la administración de los intereses municipales entre el Concejo y el Alcalde; al primero le toca reglamentar y al segundo ejecutar, lo que según el actor fluye del ordinal 1º del artículo 197 de la Constitución. Por consiguiente al otorgar el inciso 1º del artículo 2º de la ley acusada a los Concejos la administración de los ejidos viola el citado artículo 197 en su ordinal 1º e igualmente viola el 201 de allí mismo que confiere a los Alcaldes el carácter y por lo tanto las prerrogativas de Jefe de la administración municipal.

En segundo lugar al estatuír la norma acusada que los Concejos podrán ejercer la administración de los ejidos por conducto de Personeros Municipales delegados, establece una delegación de facultades administrativas que no tienen dichas Corporaciones y constituye a los mencionados personeros en funcionarios ejecutivos, con poderes que no les corresponden constitucionalmente como Agentes del Ministerio Público, violando así el artículo 143 de la Constitución que fija las funciones del Ministerio Público en la siguiente forma: "Defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos; y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social".

Finalmente manifiesta el acusador que no se podría alegar que las atribuciones 1ª y 6ª del artículo 21 acusado corresponden a la facultad de los Personeros para representar a los Municipios y para otorgar y aceptar escrituras y documentos de interés municipal, porque esta es una representación jurídica que es muy distinta de la administrativa que les confiere la ley acusada.

Corrido el traslado de la demanda al Procurador General de la Nación éste emitió concepto el 3 de marzo de 1949, en el sentido de que ninguna de las disposiciones acusadas es violatoria de los preceptos de la Constitución Nacional y que, en consecuencia, deben ser declaradas exequibles, y así lo pide.

La Corte considera:

La Constitución Nacional al referirse a los Concejos dice en su artículo 196:

"En cada Distrito Municipal habrá una Corporación de elección popular, que se designará con el nombre de Concejo Municipal.

"Artículo 197. Son atribuciones de los Concejos que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

"1ª. Ordenar por medio de Acuerdos lo conveniente para la administración del Distrito".

Naturalmente hay que entender que la administración de los ejidos municipales a que se refiere el artículo 2º acusado ha de ejercerse de conformidad con la norma constitucional que se acaba de copiar y que atribuye a los Concejos la ordenación por medio de Acuerdos de la administración del Municipio, administración que naturalmente comprende la de los ejidos de propiedad del mismo.

Si la disposición acusada hubiera establecido que esta administración se lleve a cabo en forma distinta de la señalada en la Constitución, necesariamente sería inexequible, pero nada de eso aparece en la ley.

El artículo 42 de la Constitución Nacional dice que el Ministerio Público será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás fiscales que designe la ley".

En esta enumeración no se mencionan los Personeros Municipales, ni mucho menos los llamados Personeros delegados que autoriza crear la ley acusada.

En rigor podría por consiguiente rechazarse a priori el concepto de inconstitucionalidad en lo que se refiere a este aspecto de la acusación, pero aun suponiendo que los Personeros Municipales sean Agentes del Ministerio Público, la enumeración del artículo 143 no impide que la ley pueda conferir otras funciones a dichos Personeros y al efecto se las ha otorgado como ocurre con la representación jurídica de los Municipios mencionada por el acusante y que no enumera el artículo 143 de la Constitución (artículo 234 del Código Político y Municipal). Los llamados personeros delegados podrían incorporarse en la atribución 3ª del artículo 197 de la Carta que autoriza a los Concejos para elegir los demás empleados que la ley determine, que es lo que precisamente hace la Ley 41 de 1948 en el acusado artículo 20.

La Ley 19 de 1937 autorizó al señor Personero Municipal de la ciudad de Bogotá para delegar en subalternos de su Oficina, la representación que le compete a dicho funcionario en materia judicial, o si se quiere mejor jurídica y especialmente para delegar en un empleado o en varios la función que le corresponde en lo tocante a los asuntos penales de cierta categoría.

Esa misma ley creó la expresión Personeros Delegados para aplicarla a estos funcionarios que reciben la mencionada investidura.

Se podría pensar que en la ley acusada se autoriza a los Concejos para crear Personeros Municipales delegados, o sea que por medio de ella el legislador delega facultades que corresponden al Personero y que naturalmente es éste quien debe y puede delegarlas.

Pero en realidad de verdad lo que hizo la citada ley fue autorizar a los Concejos para crear unos funcionarios a quienes encargó de una función determinada en ejercicio de la facultad contenida en el ordinal 1º del artículo 197 de la Constitución y a los cuales dio impropiamente el nombre de Personeros Delegados, autorización respaldada por la atribución 3ª del mismo artículo en su parte final que dice "y los demás funcionarios o empleados que la ley determine".

Aunque el Código Político y Municipal contiene disposiciones acerca de los Personeros Municipales y sus atribuciones, ello no contradice lo que se acaba de expresar y aun en el supuesto de que realmente la Ley 41 de 1948 modificara tales atribuciones ello no sería inconstitucional puesto que una ley puede ser modificada por otra.

La Constitución no contiene ninguna disposición específica de los Personeros Municipales y ni siquiera los clasifica entre los Agentes del Ministerio Público y no sería bastante el hecho de que generalmente se les considere tanto por la costumbre como por las leyes como que tienen esa calidad para basar una falla constitucional en la ley materia de la acusación.

Además los Personeros tienen la representación en muchos asuntos del orden municipal.

En mérito de las anteriores consideraciones y ejerciendo la atribución del artículo 214 de la superley, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, de acuerdo con el Procurador General de la Nación, DECIDE:

Son exequibles los artículos 2º, 20 y 21, éste en sus ordinales 1º, 2º, 3o. y 4o. de la Ley 41 de 1948 "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre terrenos ejidos y sobre personeros delegados".

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y dése cuenta al Ministerio de Gobierno.

José Hernández Arbeláez—Alfonso Arango Henao—Ramiro Araújo Grau—Humberto Barrera Domínguez—Luis Alberto Bravo—Gabriel Carreño Mallarino—Enrique Coral Velasco— Roberto De Zubiría C.—Ignacio Escallón—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Hernando Morales M.—Efrén Osejo Peña—Pedro Pacheco Osorio—Luis Fernando Paredes—Carlos Peláez Trujillo—Arturo C. Posada — Gustavo Rendón Gaviria—Gustavo Salazar Tapiero—Luis Carlos Zambrano—Jorge Soto Soto, Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS PARA MAGISTRADOS DE TRIBUNALES SUPERIORES. — EL EMPLEO DE FRASES INJURIOSAS CONSTITUYE UNO DE ESOS HECHOS ANALOGOS A QUE SE REFIERE LA CAUSAL 1ª DEL ARTICULO 2º DEL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 3665 DE 1950. — DEBERES QUE IMPONE LA INVESTIDURA JUDICIAL

Las sanciones de la multa, la suspensión o la destitución del cargo o empleo, señaladas en el Decreto Legislativo número 3.665 de 1950, son medidas disciplinarias encaminadas a reprimir a los funcionarios judiciales o del Ministerio Público, cuyo comportamiento en sociedad o en el ejercicio de sus funciones no esté de acuerdo con los intereses de una rápida, eficaz e idónea administración de justicia, o con el digno, decoroso o ejemplar comportamiento que es indispensable para mantener la confianza en los Jueces y el respeto, consideración y acato que les es debido.

De consiguiente, constituye una falta reprimible de acuerdo con los fines disciplinarios del aludido Decreto, los vocablos injuriosos que se lancen entre sí funcionarios de la Rama Jurisdiccional, como que tal lenguaje no es el que corresponde con ese sacerdocio de la justicia, investidura con la que el Estado honra a sus más destacados ciudadanos por su capacidad y por sus virtudes.

Dicha falta es uno de esos "hechos análogos" (quatenus homo) a los previstos en la causal 1ª del artículo 2º del Decreto Legislativo citado y traídos no de manera taxativa, en que esa analogía no se predica de la habitualidad o reincidencia sino del hecho mismo, eventos que dicho estatuto califica de "mala conducta social".

Porque es indudable que la investidura judicial, que acompaña al funcionario en cualquier sitio o circunstancia en que se halle, impone a quien la ostenta una conducta individual y social ajustada a las severas reglas de prudencia, serenidad y tolerancia, que excluyen toda violencia verbal o de hecho.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, veintitrés de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

En su sesión extraordinaria de Sala Plena, celebrada el día 16 de junio último, acordó esta Corte que fuera oficiosamente adelantada la investigación de los hechos a que hacía referencia el periódico "El Siglo", de esa misma fecha, en publicación en primera página bajo el título "Revólver entre Magistrados al discutir sobre Jueces", para los fines consiguientes, de acuerdo con las previsiones del Decreto Legislativo número 3.665 de 1950, atendido que tales hechos resultaban atribuídos a los doctores Gustavo Bazzani y Ramón Serge Ahumada, Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, según pruebas conocidas en esa misma sesión de Corte Plena y de las cuales da cuenta el acta respectiva, en la que se dice lo que pasa a transcribirse:

"El señor Presidente informó que la reunión tenía por objeto poner en conocimiento oficial de los señores Magistrados la publicación aparecida en el día de hoy en la primera página del diario "El Siglo" de esta ciudad, bajo el título "Revólver entre Magistrados al discutir sobre Jueces. Grave incidente en el restaurante Pinzón en presencia de un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia", a la cual dio lectura.

"En uso de la palabra el señor Magistrado doctor Montero Torres, informó que él era el Magistrado de la Corte a quien se alude en el citado diario, y expuso los hechos en la forma en que llegaron a su conocimento, en parte por percepción directa y en parte por el relato de otros circunstantes.

"El Magistrado doctor Escallón dio lectura a un artículo de "El Espectador" que, en su edición de la tarde publica como aprobada por el Tribunal Superior de Bogotá una moción en el sentido de que, por consideraciones que expresa, resolvió 'no ocuparse del asunto' ".

Con base en las publicaciones hechas en los citados periódicos y en lo declarado por el Magistrado doctor Simón Montero Torres, se adelantaron estas diligencias, a las cuales corresponde poner término mediante el presente fallo, cumplidos como están los trámites indicados en el Decreto Legislativo número 3.665 de 1950.

* * *

ANTECEDENTES

Los doctores Gustavo Bazzani y Ramón Serge Ahumada, de acuerdo con las pruebas allegadas a este negocio, ejercían las funciones de Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá para la fecha de los acontecimientos que fueron objeto de esta averiguación, por designación que les hizo esta Corte.

Por esos mismos días del mes de junio del corriente año se ocupaban los nombrados doctores Bazzani y Serge Ahumada, con sus colegas de dicho Tribunal, de la designación de Jueces para su respectivo Distrito Judicial; y precisamente por haber sido acordada por los Magistrados de la Sala Penal de dicha Corporación una nómina de candidatos que respondía al criterio de carrera judicial, resolvieron estos Magistrados aprovechar la casual presencia en el Tribunal, en las horas del medio día del 12 de junio último, del doctor Simón Montero Torres para ofrecerle un homenaje, pues lo consideraban un decidido partidario de dicho criterio en el nombramiento de funcionarios del Organo Judicial. Fue así como se le invitó a almorzar, siendo llevado al restaurante "Pinzón", situado al norte de esta ciudad. Concurrió también a dicho agasajo el doctor Serge Ahumada, si bien él es Magistrado de la Sala Civil de dicho Tribunal, en razón de que también casualmente llegó al despacho del Magistrado doctor Rafael Rocha Riaño, cuando allí se encontraban reunidos, en esos mismos momentos en que llegó, igualmente, el doctor Montero Torres, todos los miembros de la Sala Penal de la nombrada Corporación, comentando regocijadamente el acuerdo a que habían llegado en el señalamiento de candidatos para Jueces, orientados por el criterio de carrera judicial.

* * *

HECHOS:

Se dice en el periódico 'El Siglo", en la edición ya citada, lo siguiente:

"En el restaurante 'Pinzón', al norte de la ciudad, el domingo pasado hubo gran animación como consecuencia de algunas ocurrencias del fin de semana en dicho establecimiento, por cuenta de un grupo de Magistrados de Bogotá, sobre cuyos nombres los informantes no dan mayores referencias. La versión del personal encargado de la atención de dicho establecimiento es, más o menos, la siguiente:

"Un grupo de Magistrados llegó a la hora acostumbrada del almuerzo y después de las libaciones de rigor y de discutir sobre el origen de la elección de algunos colegas y sobre la próxima de Jueces, se produjo un fuerte altercado entre dos de los protagonistas principales de la discusión y del ágape.

"...el hecho es que a las afirmaciones de uno de los contertulios otro respondió con el vocablo 'miente', que fue repetido, incluso, después de que otro Magistrado, al parecer de la Corte Suprema, había dado alguna explicación sobre el particular.

"La repetición del miente originó la reacción del iniciador del diálogo, el cual pidió que se recogieran dichas palabras para no decir otra cosa mayor. Vista la inutilidad de la solicitud y ante la petición de que se dijera lo que hubiera que decirse, el aludido respondió con el exabrupto que se imaginarán los lectores. Ante lo cual un revólver salió a relucir y los demás contertulios inmediatamente a poner paz entre los contendores del incidente.

"No se han suministrado ni se conocen antecedentes de este hecho entre los Magistrados. Lo único cierto, según la fuente de que se ha hecho mención, es que se hablaba de elección de Jueces y se comentaban otras elecciones. Falta ver si el Tribunal resuelve hacer algo o si alguna otra autoridad puede intervenir en dicho asunto".

Y en la certificación jurada del Magistrado Montero Torres, se lee lo siguiente:

"...Nos aglutinamos, por los primeros momentos, en un solo grupo general, pero luégo nos distribuímos en varios, quedando yo en uno que formé con los doctores Rocha Riaño y Guillermo Moncayo embebidos en charla que nada importa referir. Así estuvimos por algún tiempo imposible de calcular hasta cuando el predicho doctor Serge se me dirigió y me preguntó si el H. Magistrado de la Corte doctor Hernando Morales había votado por el doctor Rey Barrera para Magistrado del Tribunal. Sin preocuparme del origen y sentido de la pregunta le respondí afir-

mativamente, lo que hice sin interrumpir ni dislocar la conversación que sostenía con mis citados amigos. Apenas unos instantes después advertí un movimiento hacia un determinado lugar al que, en esa suerte, dirigí la mirada pudiendo darme cuenta que algo ocurría entre los doctores Ramón Serge y Gustavo Bazzani. Traté de inquirir rápido que fuera ello y entonces, en las voces que escuché como de respuesta a mi ademán, pude comprender que entre aquellos dos Magistrados se había planteado agria disputa con ocasión de las observaciones y conceptos emitidos por cada uno en torno de la intervención del H. Magistrado Hernando Morales en la elección del doctor Guillermo Rey Barrera para Magistrado del Tribunal, la cual escapando por completo al dominio atemperado de los dos, culminó en el cambio de ofensas y en el hecho de que el doctor Serge sacó un revólver..."

Luégo de referir que el doctor Serge Ahumada se retiró inmediatamente del citado lugar, en compañía del doctor Rocha Riaño, quien lo invitó a salir, agrega el doctor Montero Torres que de los comentarios que allí se hicieron luégo, sacó la siguiente conclusión:

Que "los doctores Bazzani y Serge entraron en conversación con respecto a incidencias que ellos alcanzaron a conocer en torno a la elección por la Corte de Magistrados del Tribunal de Bogotá, y así, lo que fuera en un principio un simple departir amistoso, se fue convirtiendo en acalorada disputa hasta que en un momento dado el doctor Bazzani, como respuesta a una anotación del doctor Serge a la actitud asumida por el H. Magistrado Morales en aquella elección, le lanzó un miente, seguido al parecer de otro, por cuya razón el doctor Serge se me acercó para formularme la pregunta de que atrás di cuenta y volver sin dilación ante el doctor Bazzani para decirle que lo que yo respondía respaldaba sus puntos de vista, lo que dio lugar a otro miente al que replicó el Dr. Serge con tremendo dicterio —no creo necesario reproducirlo— y el hecho de sacar un revólver que colocó, como colgando de la mano, sobre la cara externa de una de las extremidades inferiores...".

* * *

ACTUACION

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 5º del citado Decreto Legislativo número 3.665 de 1950, se pusieron en conocimiento de los funcionarios acusados los hechos antes referidos, para que contestaran los cargos que de ellos les resultaban, lo cual hicieron por escrito, así:

a) Respuesta del doctor Ramón Serge Ahumada, (folios 46 a 61 del informativo):

Expresa que el día de los hechos sucedidos en el restaurante "Pinzón", luégo de varias horas de animada conversación y de "profusas libaciones", le contaba al doctor Gustavo Bazzani algún comentario que había escuchado con respecto a la elección de Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, aclarando, si bien esto no le fue posible expresarlo al doctor Bazzani, que ningún reproche cabía hacer por la intervención del doctor Hernando Morales en dicha elección, pues nada justificaba, como públicamente lo declaró la Corte, que algunos Magistrados de ella se declararan impedidos para elegir Magistrados de los Tribunales en aquellos Distritos en donde habían los electores ejercido la profesión de abogado, durante el año inmediatamente anterior a tal elección.

Agrega el doctor Serge Ahumada que ese comentario se refería a la designación del doctor Guillermo Rey Barrera, en la que se decía que intervino el Magistrado doctor Morales; y que a esa afirmación "el doctor Bazzani replicó con un miente".

Anota ,después, lo que sigue:

"....le dije al doctor Bazzani que podíamos verificar ese dato con el doctor Simón Montero Torres, allí presente. Debo advertir que el doctor Montero Torres estaba distraído en amena charla con los doctores Rafael Rocha Riaño y Guillermo Moncayo, cuando fue sorprendido por mi pregunta...", la cual "me respondió..." diciéndome que "sí es cierto". Que "acto seguido y sin vacilación alguna, insistí ante el doctor Bazzani para que rectificara su entuerto, teniendo en cuenta la autorizada afirmación de uno de los H. Magistrados de la Corte; pero el doctor Bazzani, profundamente conturbado, en forma que conceptúo retadora y levantando la voz me lanzó otro miente..."; que, continúa el doctor Serge Ahumada, "quise darle la última oportunidad al doctor Bazzani y le pedí que, como caballero, reparara inmediatamente su injuria, si no quería que yo le ofendiera en forma más grave y también injusta, pero él tremendamente ofuscado, pleno de ira, me gritó: le repito que miente".

Explica el acusado que en ese momento sufrió una intensa conturbación psíquica y que reaccio-

nando como un autómata, puso en sus labios "una palabra de fuego para repeler aquellos agravios", que, dice, "si no fuera porque en este expediente honorables caballeros de la más alta alcurnia... han dado sus testimonios sobre lo ocurrido, yo ignoraría que al sentir fustigar inclementemente mi dignidad y mis sentimientos más puros....." le hizo proferirla.

Agrega que "repuesto de esa brutal reacción y, suponiendo lógicamente, un ataque por las vías de hecho, por parte del doctor Bazzani (lo había visto pleno de ira), me desplacé velozmente de su lado, para desprenderme del arma que yo poseía, como elemental medida de precaución, sin volver la mirada hacia el doctor Bazzani, como lo afirman todos los testigos, le entregué al doctor Heriberto Caicedo el arma referida, diciéndole: descárguela y guárdela... No hubo, pues, al sacar el arma ninguna intención malvada, ni tampoco existió un hecho agresivo de la integridad de nadie que revelasen dañados propósitos".

Pasa después, en extensa motivación, a dar las razones por las cuales portaba ese revólver, para lo cual había obtenido, de tiempo atrás, la correspodiente licencia.

Se refieren dichas razones a que su intervención en política en la población cundinamarquesa de Guaduas, antes, naturalmente, de ser elegido Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá; la particular situación de inseguridad existente en ese municipio de Guaduas, a donde tiene que viajar frecuentemente y a donde, precisamente el día de los hechos averiguados, debía viajar; el hecho de haberle correspondido conocer, como Magistrado, del proceso seguido por la quiebra de la "Compañía Granadina de Publicaciones", en el cual, cuando era tramitado en la primera instancia, dice, se presentaron incidencias que le aconsejaban tomar precauciones en cuanto a la defensa de su integridad personal; todo ello le obligaban, expresa, a portar ese revólver, como medio de defensa personal.

Y concluye observando que "se trata de una investigación sobre un hecho personal y no por un acto oficial, vale decir, **quatenus homo** (en cuanto soy hombre) y no en cuanto soy Magistrado...", y que "los hechos **quatenus homo** que sanciona el Decreto número 3.665 de 1950 son aquellos que implican una regla de conducta (mala conducta social) por hechos crónicos, repetidos o que conllevan cierta permanencia (hábito de embriaguez, práctica de juegos prohibidos, mora habitual e injustificada en el pago de las deudas, abandono de los deberes primordiales y otros hechos análogos —debe entenderse los que constituyen hábito— que por su naturaleza sean incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia). Todos los demás se refieren a hechos ejecutados en ejercicio de las funciones de Magistrado".

Que, anota luégo, "en nuestro caso se trata de un acto meramente accidental o transitorio ocurrido en circunstancias fortuitas y donde no hubo más que ofensas estrictamente personales y alejadas del ejercicio de nuestras funciones de Magistrado y sin ocasión de ellas".

* * *

b) **Contestación del doctor Gustavo Bazzani** (fols. 64 y 65):

Dice el Magistrado doctor Bazzani que es ..."el primero en deplorar el acaecimiento de los infortunados hechos que tuvieron el carácter de incidente personal entre el doctor Ramón Serge y yo. Casi medio siglo de antecedentes de caballero y de hombre de bien, me obligan a lamentar muy de veras que ahora mi nombre y mi conducta se encuentren en espera de un fallo. Muy grande y muy dolorosa ha sido la sanción que por los desgraciados hechos aún padezco, a causa de que mi nombre, que tan celosamente siempre he defendido, sea discutido así sea por el más alto Tribunal, como por la prensa que, con sus publicaciones ha desatado un turbión de penas sobre mi cabeza y sobre mi hogar.

Anota que es muy breve en su respuesta, porque "a ello me obligan circunstancias de imperativo cumplimiento, como son la de que entre el doctor Serge y yo hemos dado por concluído el incidente, reanudando así nuestras relaciones normales entre colegas, por una parte; por otra, porque me conturba el dolor de tener que narrar hechos que si me fuera dable borraría de mi memoria, y aún quisiera devolver el tiempo para evitar que aquellos se pudieran cumplir; y finalmente, porque de la información dada por el H. Magistrado doctor Montero Torres resultan relievados los hechos fundamentales que tanto he lamentado y tanta tranquilidad me están quitando.

Que "solamente y para llenar el vacío que el doctor Montero no alcanzó a captar, mas no para intentar una defensa, sino para presentar una causal de justificación apenas, debo referirme a la causa inmediata de mi actitud. Cuando el doctor Serge calificaba la conducta de un Magistrado de la Corte y yo disentía de su apreciación, aquél

me lanzó a la cara el dicterio de "manzanillo", vocablo que hizo extensivo al Magistrado a quien se refería...". Y que "quizá por el gigantesco aprecio que siempre he tenido por mi patrimonio moral... aquel adjetivo con que injustamente se me calificaba en presencia de casi todos mis colegas, me colmó de indignación y de estupor y súbitamente al doctor Serge con la palabra que anota la certificación del doctor Montero... Explico que si así procedí, fue porque el tamaño de la injuria, que me exponía al descrédito entre mis pares de investidura, requería una rectificación enfática, la cual quizá resultó exageradamente afirmativa, pero no plebeya".

o o o

PRUEBAS DE DESCARGO

Solamente el Magistrado doctor Serge Ahumada acompañó a su respuesta las siguientes pruebas:

Documentos.

1º La licencia número 28.711, expedida a favor del doctor Ramón Serge Ahumada, para portar un revólver. (Véase certificación del folio 71 del informativo).

2º. Certificación del Secretario del Tribunal Superior de Bogotá, de acuerdo con la cual desde el 13 de mayo de 1959 el doctor Serge Ahumada conoce del "negocio penal de la quiebra de la Compañía Granadina de Publicaciones, en el cual se han declarado impedidos para formar parte de la Sala de Decisión que ha de resolver el recurso ocho de los Magistrados que integran la Sala Civil".

3º. Copia de la siguiente resolución del Tribunal Superior de Bogotá:

"El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, informado de un incidente personal ocurrido en la tarde del viernes pasado, entre dos Magistrados fuera del recinto de esta Corporación y por motivos ajenos del ejercicio de sus cargos, y recibidas las explicaciones de los mismos, así como sus excusas, resolvió, por unanimidad, NO OCUPARSE DEL ASUNTO.—Bogotá, junio 15 de 1959. —(Fdos.) El Presidente del Tribunal, Alejandro Venegas.— El Secretario, Manuel Castro M.".

Declaraciones.

Certificaciones juradas, en relación con los cargos averiguados en este negocio, expedidas por los Magistrados doctores Rafael Rocha Riaño (folios 27 a 31), Carlos Price Gutiérrez (folios 32 y 33), Luis Gonzalo Fajardo (folios 34 y 35), y por los Jueces de Circuito de Bogotá y Guaduas, respectivamente, doctores Juan Carreño Padilla (folios 37 y 38) y Heriberto Caycedo Méndez (folios 25 y 26).

Ahora bien:

De la declaración del doctor Juan Carreño Padilla, quien como Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá conoció del juicio de quiebra de la Compañía Granadina de Publicaciones, se desprende, al menos desde el punto de vista subjetivo del doctor Serge Ahumada, fundamento para su temor con respecto a supuestas represalias, por él imaginadas en razón del conocimiento que como Magistrado le correspondía en dicho juicio.

Y de la certificación jurada de los doctores Rocha Riaño, Price Gutiérrez, Fajardo y Heriberto Caycedo, testigos éstos que están en sincero acuerdo con lo certificado por el Magistrado doctor Simón Montero Torres, resulta lo siguiente:

a) Que los doctores Bazzani y Serge Ahumada se infirieron graves ofensas verbales, aunque ello no ocurrió en las dependencias de sus despachos de Magistrados, pero sí en presencia de sus compañeros del Tribunal Superior de Bogotá y cuando ellos le rendían un homenaje al doctor Simón Montero Torres, Magistrado de esta Corte, quien se encontraba también allí.

b) Que el origen de esas agresiones verbales lo constituyó una torpe apreciación de la actitud de algunos Magistrados de esta Corte, quienes por personal iniciativa resolvieron no intervenir en la elección de los Magistrados de los Tribunales en aquellos Distritos en los cuales habían los electores ejercido su profesión de abogado en el último año anterior a la elección, actitud sobre la cual esta Corte declaró públicamente que no representaba la consecuencia de un impedimento legal que existiera en tales Magistrados, por el motivo por ellos aludido.

c) Que en el desarrollo de esas agresiones mutuas que llevaron a cabo los Magistrados Serge y Bazzani, aquél exhibió su revólver, mas no en actitud amenazante, sino, así parece, a la expectativa de defensa ante una posible agresión material por parte del doctor Bazzani, al culminar las repetidas injurias verbales de éste con la grave ofensa que el doctor Serge dirigió al doctor Bazzani.

En efecto, da respaldo a esta apreciación el

acuerdo que aparece en lo informado por los testigos sobre este particular, a saber:

Dice el doctor Heriberto Caycedo que se encontraba cerca del doctor Serge, "quien tenía en la mano derecha un revólver cogido de la cacha, con el cañón hacia abajo en trance inofensivo..."; y que "inmediatamente me determinó, me entregó voluntariamente... sin resistencia alguna, el arma para que se le guardase, sin que aquél (Serge) volviera siquiera a mirar al doctor Bazzani".

Declara el doctor Carlos Price que "al volver a mirar, pude darme cuenta que el doctor Serge se había levantado y retirado algunos pasos de la mesa y hacía el movimiento característico de sacar un arma, la cual vi brillar por muy leves segundos en su mano derecha, sin que ella fuera dirigida hacia el doctor Bazzani, sino más bien llevada hacia abajo...", y que "tanto el uno como el otro de los protagonistas se mantuvieron inactivos".

Certifica el doctor Luis Gonzalo Fajardo que "sacaba (Serge) un revólver del bolsillo interior izquierdo del saco, pero sin tenderlo hacia el doctor Bazzani o hacia cualquiera de los allí presentes".

Afirma el doctor Rocha Riaño que "viendo de pie al doctor Serge, con un revólver en la mano, extendida hacia el suelo, sin ademán ofensivo".

Y fue esta la misma información que dieron al doctor Simón Montero Torres, momentos después de ocurridos esos hechos y de la cual dejó testimonio en su certificación jurada.

d) En cuanto a lo afirmado por el doctor Gustavo Bazzani, sobre que el doctor Serge le endilgó el calificativo de "manzanillo", el que hiciera extensivo a otra persona, auncuando no para restarle sinceridad a sus palabras, pues ocurre no pocas veces que se toma conciencia de una sensación auditiva que apenas es fruto de la imaginación, particularmente en momentos de perturbación psíquica debida a la embriaguez o a los estados emocionales de la ira o del temor, es del caso anotar que ni el doctor Montero Torres oyó dicha expresión, ni le informaron que se hubiera proferido por el doctor Serge, ni los demás declarantes hacen alusión alguna a que se hubiera pronunciado.

e) Declara el citado doctor Heriberto Caycedo ser cierto que "teníamos con el doctor Serge el propósito de viajar a Guaduas, región azotada por la violencia, el viernes precitado" (refiriéndose al mismo día de los sucesos averiguados en estas diligencias), "o al día siguiente".

* * *

SE CONSIDERA:

Las sanciones de la multa, la suspensión o la destitución del cargo o empleo, señaladas en el Decreto Legislativo número 3.665 de 1950, son medidas disciplinarias encaminadas a reprimir a los funcionarios judiciales o del Ministerio Público, cuyo comportamiento en sociedad o en el ejercicio de sus funciones no esté de acuerdo con los intereses de una rápida, eficaz e idónea administración de justicia, o con el digno, decoroso o ejemplar comportamiento que es indispensable para mantener la confianza en los Jueces y el respeto, consideración y acato que les es debido.

De consiguiente, constituye esa conducta de los doctores Bazzani y Serge Ahumada una falta reprimible de acuerdo con los fines disciplinarios del Decreto Legislativo número 3.665 de 1950, como que el vocabulario injurioso que emplearon, particularmente cuando estaban presentes sus compañeros en las funciones judiciales, no es el que corresponde con ese sacerdocio de la justicia, investidura con la que el Estado honra a sus más destacados ciudadanos por su capacidad y por sus virtudes.

Dicha falta es uno de esos "hechos análogos" (**quatenus homo**) a los previstos en la causal 1ª del artículo 2º del Decreto Legislativo citado y traídos no de manera taxativa, en que esa analogía no se predica de la habitualidad o reincidencia sino del hecho mismo, eventos que dicho estatuto califica de "mala conducta social".

Porque es indudable que la investidura judicial, que acompaña al funcionario en cualquier sitio o circunstancia en que se halle, impone a quien la ostenta una conducta individual y social ajustada a las severas reglas de prudencia, serenidad y tolerancia, que excluyen toda violencia verbal o de hecho.

Estima la Corte, dada la calificación que merece la falta, que la pena aplicable es la de sus-

pensión de los funcionarios responsables de ella, de conformidad con lo indicado en el aparte b) del artículo 3º del decreto varias voces citado.

o o o

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Plena—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º. Imponer a los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Gustavo Bazzani y Ramón Serge Ahumada la pena de suspensión de sus cargos, por el término de treinta (30) días, contados a partir del día siguiente de la ejecutoria de esta providencia.

Comuníquese lo resuelto al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y al señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

José Hernández Arbeláez—Alfonso Arango Henao, con salvamento de voto.—**Ramiro Araújo Grau—Humberto Barrera Domínguez—Luis Alberto Bravo—Gabriel Carreño Mallarino—Enrique Coral Velasco—Roberto De Zubiría C.—José Gregorio Díaz Granados,** Conjuez.—**Ricardo Hinestrosa Daza,** Conjuez.—**Luis Fernando Paredes,** con salvamento de voto.—**Ignacio Escallón—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Efrén Osejo Peña—Pedro Pacheco Osorio—Carlos Peláez Trujillo—Arturo C. Posada—Gustavo Rendón Gaviria—Gustavo Salazar Tapiero—Luis Carlos Zambrano. Jorge Soto Soto,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS ALFONSO ARANGO HENAO Y LUIS FERNANDO PAREDES

Respetando el ilustrado criterio de la mayoría de la Corte nos permitimos expresar nuestro disentimiento con la Resolución que define la presente investigativa, por las siguientes razones:

Estamos frente a un caso de derecho penal disciplinario, del cual dice el Profesor Cuello Calón en su obra "Derecho Penal" que proviene "del ejercicio de la potestad disciplinaria que pertenece al estado, cuyo fin es corregir a sus funcionarios en el caso de que infrinjan los deberes y obligaciones que su reglamentación profesional les impone"... y que "el fin del derecho disciplinario es más limitado, tiende a mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes y a sancionar su infracción por medio de la imposición de medidas correctivas y disciplinarias".

El principio de analogía, extraño por peligroso, en el derecho penal, sí es aceptable en el derecho penal disciplinario, pero de manera limitada, pues, la demasiada amplitud en la aplicación de este principio podría llevarnos a extremos injustos originados en un exceso de celo. Tal creemos que sucede en el presente caso.

La Corte ha tomado como "hechos análogos" a los enunciados en el numeral 1º del artículo 2º del Decreto número 3.665 de 1950, el cruce de unas palabras de tono fuerte entre dos Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá. No consideramos aplicable al caso presente el criterio de analogía porque la "mala conducta social" puede ser motivada, según la norma legal en referencia, por "hábito de embriaguez", es decir, para usar la acepción de la Real Academia de la lengua española, por la "costumbre adquirida por la repetición de actos de la misma especie"; por la "práctica de juegos prohibidos", lo que vale decir, por el uso continuado o por la costumbre de ejercer tales juegos; por la "mora habitual e injustificada en el pago de las deudas", esto es, no pago que se hace por repetición de actos de la misma especie, por costumbre; por "abandono de los deberes primordiales del hogar", lo que en otras palabras se puede expresar: por dejar o desamparar el hogar o las personas que a éste lo forman, o descuidar sus intereses como marido o padre, o por no cumplir sus obligaciones como tal.

Cabe observar que el precepto legal en referencia enumera la embriaguez, la práctica de juegos prohibidos, la mora en el cumplimiento de las obligaciones civiles, caracterizados todos por la costumbre. De allí que la norma repita los vocablos "hábito", "práctica", "habitual", que no significan otra cosa. Y en cuanto al "abandono de los deberes primordiales del hogar", traído como ejemplo en la enunciación, es hecho de suma gravedad que no exige la costumbre por ser concepto opuesto a su misma esencia.

Los hechos que motivaron la investigación indican que si bien es cierto que los señores Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Bazzani y Serge, protagonizaron en un restaurante de las afueras de esta ciudad un incidente o disturbio, sin ninguna consecuencia lamentable, ello no fue en ejercicio de sus funciones como Magistrados, sino como simples particulares. Este hecho cometido en privado y delante de un grupo de compañeros de los protagonistas, fue un acto de su vida privada y como tal es censurable. Vocablos fuertes, indudablemente, no están bien en la boca de un Magistrado; pero pueden ser disculpables en la boca de un hombre. Si ese "vocabulario agresivo" fue empleado por los doctores Bazzani y Serge delante de algunos de sus compañeros, es a nuestro modo de apreciar las cosas, hecho menos grave que si se hubiese pronunciado en medio de personas extrañas. Así lo han considerado sus mismos compañeros de labores, desde que resolvieron unánimemente, en sesión de junio 15 de 1959, NO OCUPARSE DEL ASUNTO relacionado con "un incidente personal ocurrido en la tarde del viernes pasado, entre dos Magistrados fuera del recinto de este Corporación y por motivos ajenos del ejercicio de sus cargos...".

La investidura de Magistrado es verdad que siempre se lleva. Pero una cosa es "ostentarla", para usar la misma expresión de la Corte, y otra cosa diferente es llevarla en silencio y obrar, sobre todo en determinados momentos, como hombre. Ostentar es "mostrar o hacer patente una

cosa", según la Academia de la Lengua. Estamos seguros que ninguno de los contertulios de aquel viernes de marras, hizo, y no tenía por qué hacerlo, ostentación de sus títulos de Magistrado.

La conducta social de un hombre no se puede juzgar por un solo hecho. Esa conducta social está compuesta por un cúmulo de factores de orden moral y de manifestaciones externas que es muy difícil, por no decir imposible, establecer con un cruce de palabras y en momentos en que se exaltan los ánimos por diversas circunstancias. Para hacer justicia entre los hombres no sólo debemos ser justos, sino también humanos. Por todo ello, no podemos afirmar que dos hombres a quienes debemos presumir buenos y de buena conducta anterior, sigan siendo tenidos de hoy en adelante como socialmente repugnantes por su mala conducta social, por el hecho de haberse cruzado entre sí unas fuertes palabras.

En los términos anteriores dejamos expresada nuestra discrepancia con la Resolución que motiva este salvamento de voto.

Bogotá, D. E., agosto 25 de 1959.

Alfonso Arango Henao—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Soto Soto, Secretario.

NO PUEDEN SER OBJETO DE JUICIO DE INEXEQUIBILIDAD, POR CARENCIA DE MATERIA, LOS DECRETOS QUE, EN EJERCICIO DE LAS ATRIBUCIONES CONFERIDAS POR EL ARTICULO 121 DE LA CARTA, SE DICTARON A PARTIR DEL 9 DE NOVIEMBRE DE 1949, POR CUANTO ADQUIRIERON CATEGORIA DE LEYES SEGUN LO RESOLVIO LA CORTE AL DEFINIR SOBRE EXEQUIBILIDAD DE LA LEY 2ª DE 1958.—SE DECLARA QUE NO HAY LUGAR A PROVEER SOBRE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS DEL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 0123 DE 1957

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, septiembre dos de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

El doctor Eliécer Pinilla Rodríguez, en ejercicio de la acción pública consagrada por la Constitución Nacional, demanda la declaración de inexequibilidad de los artículos 3º, 4º, inciso 2º del 5o. y 8º del Decreto Legislativo número 0123 de julio 2 de 1957, por el cual se modifica el Decreto 0981 de 1957 y se dictan otras disposiciones, proferido por la Junta Militar de Gobierno, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 121 de la Carta. El Decreto tuvo por objeto "facilitar el esclarecimiento de los hechos delictuosos en que hubieren podido incurrir o incurrieren los funcionarios públicos, civiles y militares, o los particulares, en los últimos tiempos, principalmente los previstos en los Títulos III (Capítulos I, III y IV) VI), (Capítulo III) y XVI del Libro II del Código Penal y decreto legislativo número 0700 de 1954 y disposiciones adicionales".

El demandante señala como violados los artículos 26, 102, 142, 143, 144, 155 y 170 de la Constitución Nacional y explica las razones por las cuales cree que las normas de la Carta se infringieron por los artículos citados del Decreto.

El señor Procurador General de la Nación, al emitir concepto, refuta las razones expuestas por el demandante y concluye de la siguiente manera: "El Procurador General de la Nación desea advertir que el Decreto 123 de 1957 (julio 2), "por el cual se modifica el Decreto número 0981 de 1957 y se dictan otras disposiciones", tiene hoy fuerza legal por mandato del artículo 1º de la Ley 2ª del presente año. Por consiguiente, en el supuesto de que el Gobierno no hubiera tenido facultad para expedirlo con fundamento en el artículo 121 de la Constitución, tal vicio habría desaparecido por haberlo prohijado el Congreso siguiendo los trámites señalados en el artículo 87 y concordantes de la Constitución".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Decreto 0123 fue dictado por la Junta Militar de Gobierno en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional; y, la acusación no se hace por desvío de esa norma, sino por violación de otras de la Carta, antes citadas.

Sucede que la Ley 2ª de 1958, dio fuerza legal hasta el 31 de diciembre de 1959 a los decretos dictados a partir del 9 de noviembre de 1949, para cuya expedición se haya invocado el artículo 121 de la Constitución Nacional, y que no hayan sido expresa o tácitamente derogados para la fecha de la sanción de la citada ley.

Por razón de haber adquirido esos decretos categoría de leyes ,según lo resolvió la Corte en sentencia de 11 de agosto de 1959, al definir sobre exequibilidad de la Ley 2ª de 1958, la acusación del Decreto Legislativo ,matèria de la demanda, resulta ahora inoperante como quiera que las medidas extraordinarias o decretos legislativos dictados por el Gobierno en uso de la facultad dicha, dejaron de existir.

Por las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA que no hay

lugar a proveer sobre inexequibilidad de los artículos del Decreto Legislativo acusado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese, previa comunicación a quien corresponda.

José Hermández Arbeláez, Presidente—Alfonso Arango Henao—Ramiro Araújo Grau—Humberto Barrera Domínguez—Luis Alberto Bravo—Gabriel Carreño Mallarino—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Hernando Morales M.—Efrén Osejo Peña—Pedro Pacheco Osorio—Luis Fernando Paredes—Carlos Peláez Trujillo—Arturo C. Posada—Gustavo Rendón Gaviria—Gustavo Salazar T.—Luis Carlos Zambrano—Roberto De Zubiría C.—Jorge Soto Soto, Secretario.

SE REITERA LA DOCTRINA REFERENTE A QUE NO PUEDEN SER OBJETO DE JUICIO DE INEXEQUIBILIDAD, POR SUSTRACCION DE MATERIA, LOS DECRETOS QUE, EN EJERCICIO DE LAS ATRIBUCIONES CONFERIDAS POR EL ARTICULO 121 DE LA CARTA, SE DICTARON A PARTIR DEL 9 DE NOVIEMBRE DE 1949, POR CUANTO ADQUIRIERON CATEGORIA DE LEYES SEGUN LO RESOLVIO LA CORTE AL DEFINIR SOBRE EXEQUIBILIDAD DE LA LEY 2ª DE 1958. — SE RESUELVE QUE NO HAY LUGAR A PROVEER SOBRE INEXEQUIBILIDAD DE LOS SIGUIENTES DECRETOS LEGISLATIVOS: NUMERO 2956 DE 1955, ARTICULOS 8º Y 9º; 3144 DE 1956, ARTICULO 5º; 094 DE 1957, ARTICULOS 3º, ORDINAL b), 4º, 5º Y 6º; 1.368 DE 1957, ARTICULOS 12, ORDINAL e) Y 13, ORDINAL d); Y 0270 DE 1957, ARTICULO 18, ORDINALES a) Y e)

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

(Magistrado ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

En demanda presentada en debida forma, el doctor EUSTORGIO SARRIA pidió a la Corte que "por medio de sentencia definitiva, dictada en ejercicio de la jurisdicción de que trata el artículo 214 de la Constitución Política, sírvase declarar inexequibles los actos que a continuación menciono, por cuanto violan dicha Constitución. (Los derechos civiles, las garantías ciudadanas, la separación y funciones propias de cada una de las ramas del poder público y la autonomía administrativa de los Departamentos) como se demuestra en el texto de la presente demanda:

"A. Decreto Legislativo número 2.956 de 10 de noviembre de 1955, artículos 8º y 9º.

"B. Decreto Legislativo número 3.144 de 20 de diciembre de 1956, artículo 5º.

"C. Decreto Legislativo número 094 de 29 de mayo de 1957, artículos 3º, ordinal b), 4º, 5º y 6o.

"D. Decreto Ley número 1.368 de 1º de julio de 1957, artículos 12, ordinal e) y 13 ordinal d).

"E. Decreto Legislativo número 0270 de 23 de octubre de 1957, artículo 18 ordinales a) y e)".

El demandante transcribió el texto de las citadas disposiciones, y señaló como violados los siguientes artículos de la Carta: 55, 76, 120 ordinales 2º y 7º, 121, 182, 183, 184, 187, 191, 202 y 210. Luego hizo extensos desarrollos jurídicos en apoyo de sus pretensiones.

El señor Procurador General de la Nación conceptuó que el cargo consistente en ser las disposiciones legales acusadas violadoras del artículo 121 de la Carta "no resulta hoy procedente, operándose una sustracción de materia", por cuanto en virtud de la Ley 2ª de 1958 los decretos leyes contentivos de las disposiciones acusadas dejaron de ser tales para convertirse en leyes. En cuanto a violaciones de otros preceptos constitucionales por las mismas disposiciones acusadas, consideradas ya como leyes, expuso razones para demostrar que no habían ocurrido.

Para resolver se considera:

Las disposiciones legales acusadas por el demandante hacen parte de decretos legislativos expedidos por la Rama Ejecutiva con invocación del artículo 121 de la Constitución. Ahora bien: en sentencia de 11 de agosto del cursante año esta Corte decidió que la Ley 2ª de 1958 convirtió en leyes los aludidos decretos, cuyo contenido "quedo incorporado por referencia" al texto de dicha ley, desapareciendo, por tanto, como tales.

Se encuentra, pues, la Corte ante un caso de sustracción de materia, evidente no sólo con relación a la acusación por violación del artículo 121 de la Constitución, sino aun por lo que respecta a cualquier otra posible infracción a ésta, puesto que se acusaron decretos que ya dejaron de existir, como acaba de idicarse.

En la aludida sentencia de 11 de agosto dijo la Corte: "Desde luego si los decretos legislativos pueden incurrir en otras infracciones de la Carta, como han desaparecido en tal carácter, es claro que no podrían en la práctica ser objeto de juicio de inexequibilidad por carencia de materia, que la produjo el Congreso al incluír su contenido en una ley, así como se habría configurado respecto a cualquier ley por su derogatoria o en relación

a decretos legislativos al restablecerse el orden público".

* * *

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema —Sala Plena—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley RESUELVE, que no hay lugar a proveer en el presente caso.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

José Hernández Arbeláez—Alfonso Arango Henao—Ramiro Araújo Grau—Humberto Barrera Domínguez—Luis Alberto Bravo—Gabriel Carreño Mallarino—Enrique Coral Velasco—Roberto De Zubiría C.—Ignacio Escallón—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Hernando Morales M.—Efrén Osejo Peña—Pedro Pacheco Osorio—Luis Fernando Paredes—Carlos Peláez Trujillo—Arturo C. Posada—Gustavo Rendón Gaviria—Gustavo Salazar Tapiero—Luis Carlos Zambrano—Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

LA LEY NO ATRIBUYE AL SECRETARIO DE LA CORTE LA FUNCION DE DAR INFORMES TELEGRAFICOS EN GENERAL, SOBRE TERMINOS JUDICIALES. — ALCANCE DE LOS QUE SUMINISTRE EN LA SECRETARIA, ORALMENTE, O POR ESCRITO EN LOS EXPEDIENTES

No atribuye la ley al Secretario de la Corte la función de dar informes telegráficos en general, ni los que suministre verbalmente en la Secretaría o por escrito en los expedientes sobre términos judiciales, tienen la fuerza de desconocer éstos, los cuales corren por el transcurso del tiempo. Tampoco, ningún informe secretarial se dá "prácticamente" en nombre de la Corte, pues el artículo 121 del Código Judicial —numerales 3º y 9º— dice que los suministra por sí mismo; ni por darlos, exime a los abogados de su obligación como gestores de los negocios de llevar la cuenta de los términos judiciales para cumplir con sus cargas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

Se solicita reposición de la providencia de junio 15 del presente año, por la cual se declaró ejecutoriada la sentencia dictada en este negocio, por el Tribunal Superior de Popayán, el 10 de febrero de 1959.

La razón fundamental que el abogado invoca al proponer el recurso de reposición, es la de que procedió a suministrar papel para el recurso de casación de acuerdo con el mensaje telegráfico dirigido por el Secretario de la Corte al interesado el 8 de mayo de 1959 y que, ninguna previsión mejor podía tomarse al respecto, de donde infiere que no es por culpa suya que el suministro se hubiera hecho inoportunamente. Y dice: "Era sensato —como le podrá ocurrir a la más exigente previsibilidad— el atenerse al informe del señor Secretario, quien a nombre prácticamente de esa superioridad ponía en su conocimiento la falta de papel y un término dado para cumplir con este requisito de su presentación, más no suponer de contado un error en el mismo".

Para resolver se considera:

No atribuye la ley al Secretario de la Corte la función de dar informes telegráficos en general, ni los que suministre verbalmente en la Secretaría o por escrito en los expedientes sobre términos judicales, tienen la fuerza de desconocer éstos, los cuales corren por el transcurso del tiempo. Tampoco, ningún informe secretarial se dá "prácticamente" en nombre de la Corte, pues el artículo 121 del Código Judicial —numerales 3º y 9º— dice que los suministra por sí mismo; ni por darlos, exime a los abogados de su obligación como gestores de los negocios de llevar la cuenta de los términos judiciales para cumplir con sus cargas.

Para la Sala, la verdad procesal, según el cómputo respectivo es la de que el término para el suministro de papel venció el 12 de mayo, contados los veinte días de recibido el expediente en la Secretaría a partir del 16 de abril. Por esto, NO SE REPONE la providencia de 15 de junio de este año.

Cópiese y notifíquese.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

COMO LOS ACREEDORES DEL CAUSANTE NO SON CAUSAHABIENTES DE ESTE, NO PUEDEN SER COPARTICIPES EN LA COMUNIDAD NI TIENEN DERECHO A INTERVENIR EN EL INCIDENTE DE PARTICION DE SUS BIENES. — HIJUELA DE GASTOS. — FINALIDAD DE ESTA. — AL PARTIDOR LE ESTA VEDADO ADJUDICAR A LOS ACREEDORES BIENES DE LA SUCESION, SIN EXPRESA AUTORIZACION DE LOS HEREDEROS. — ACCIONES QUE PUEDEN EJERCER LOS ACREEDORES HEREDITARIOS PARA OBTENER EL RECONOCIMIENTO DE SUS CREDITOS DENTRO DE UN JUICIO DE SUCESION. — NORMAS QUE LOS AMPARAN Y GOBIERNAN

Los bienes del difunto están destinados al pago de sus deudas. Este principio autoriza a los acreedores hereditarios y a los testamentarios para tomar determinadas actividades dentro del juicio de sucesión con el objeto de lograr el pago de sus acreencias. Así el artículo 1.279 atribuye a todo el que tenga interés en una sucesión para pedir ciertas medidas de seguridad e impedir el menoscabo de los bienes. El artículo 1.297 confiere facultad a cualquiera persona interesada en la sucesión para obtener declaración de herencia yacente si dentro de 15 días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes, y que haya aceptado su encargo

El 1.289, obliga al asignatario, en virtud de demanda de cualquiera persona interesada en ello, a declarar si acepta o repudia la herencia. El 1.312, da derecho a todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito para asistir a la formación del inventario sucesoral. El 1.343, obliga al albacea a exigir que en la partición de los bienes se señale un lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas conocidas. El 1.346, textualmente establece que aunque el testador haya encomendado al albacea el pago de sus deudas, los acreedores tendrán siempre expedita su acción contra los herederos, si el albacea estuviere en mora de pagarlas. Por fin, para no citar otras disposiciones, el artículo 1.393, obliga al partidor a formar el lote o hijuela de deudas conocidas à que se refiere el artículo 1.343, con la advertencia que la omisión de este deber, le hará responsable de todo perjuicio respecto de los acreedores.

La ley civil como la ley procedimental en los artículos 908 y 941 del Código Judicial, entre otros, autoriza a los acreedores hereditarios a intervenir en el juicio sucesorio a fin de que sus derechos tengan cumplido efecto y que, la muerte del deudor no afecte ni mengüe la situación y derechos de sus acreedores.

Empero, los acreedores hereditarios no tienen facultad para intervenir en el incidente de partición de bienes de la sucesión. El artículo 953 del Código Judicial señala como posibles demandantes de la partición "a cualquiera de los herederos con las limitaciones prescritas en el artículo 1.379 del Código Civil", y el artículo 958 del Código de Procedimiento atribuye igual derecho a los legatarios, pero limitando tal actividad solamente al pago de sus asignaciones, si las fuerzas del patrimonio lo permiten y dan caución de restituir lo que les toque, conforme lo establece el artículo 1.431 del Código Civil.

Por razón de la muerte de una persona nace una comunidad universal de bienes entre sus causahabientes. Los acreedores del causante no son causahabientes de él, y por eso no pueden ser copartícipes en la comunidad. A su vez, la partición de una herencia es la división y distribución de los bienes hereditarios entre los herederos, por razón de derivar su título del causante. Por eso, igualmente, los acreedores no tienen derecho a intervenir en el incidente de partición. No queda, sin embargo, sin respaldo legal el derecho de los acreedores, pues el artículo 1.393 del Código Civil, ya citado,

obliga al partidor a formar lote o hijuela para cubrir deudas conocidas. Pero, no le es permitido al partidor, porque rebasaría sus funciones, adjudicar bienes de la sucesión sin expresa autorización de los herederos.

"Los acreedores hereditarios pueden asumir tres posiciones para obtener el reconocimiento de sus créditos dentro de un juicio de sucesión: 1ª. Demandar a la sucesión representada por sus herederos para obtener el pago de lo que adeudaba el causante; 2ª. Esperar a la terminación del juicio y a la liquidación de la herencia para demandar a los herederos a prorrata de su cuota hereditaria, y 3ª. Intervenir en el juicio de sucesión para que cuando sea el caso, sean incluídos sus créditos en el inventario y para pagarlos se señalen bienes en la partición. Este tercer medio es el más expedito y usado y cuando por cualquier circunstancia no es viable o fracasa, le quedan los otros dos medios al acreedor".

"La primera acción se basa en el artículo 1.162 del Código Civil, la segunda en el artículo 1.411, y la tercera, entre otros, en los artículos 1.289, 1.312 del Código Civil y 908, 909 y 941 del Código Judicial.—El acreedor hereditario tiene también las acciones de los artículos 1.279 y 1.298 del Código Civil, en relación con el 908 del Código Judicial.

"No pudiendo los acreedores objetar la partición, no pueden alegar la falta de citación o emplazamiento a que se refiere el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial, puesto que carecen de personería para ello. Y no solamente de personería sino de interés jurídico, porque la omisión o desconocimiento que en un juicio de sucesión se haga de los créditos contra el causante, ni desvirtúa el valor legal de tales créditos ni imposibilita a los acreedores para obtener la efectividad de éstos por la vía legal" (G. J., números 1.964 y 1.965, Pág. 355).

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

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES

El juicio de sucesión intestada de Aminta Bueno o Escobar de Villalobos, se inició en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, y por auto de 10 de diciembre de 1951 se lo declaró abierto y se reconoció como heredero de la causante, en calidad de hermano natural, a beneficio de inventario y sin perjuicio de terceros, a Francisco Escobar, sin que posteriormente ninguna otra persona hubiese obtenido reconocimiento de heredero.

Los bienes que doña Aminta dejó al morir los adquirió en la sucesión de su cónyuge Tomás Villalobos, quien la instituyó heredera universal, pues en el matrimonio no hubo descendencia.

La diligencia de inventarios y avalúos se practicó el 15 de mayo de 1952, y en ella se incluyeron los bienes de la causante. Posteriormente, a petición de acreedores hereditarios, se hicieron inventarios adicionales y se integró el pasivo de la sucesión.

Cumplidos todos los ritos procesales, se solicitó la partición de los bienes relictos y ella se cumplió formando hijuelas a favor del heredero y de cada uno de los acreedores de la sucesión. A éstos, en equivalencia de sus créditos y al heredero, en el remanente de bienes, deducción hecha de gastos.

La partición se objetó por el apoderado del heredero por los siguientes motivos, sintéticamente enunciados:

Por haberse adjudicado a los acreedores bienes raíces de la sucesión; por violación de los artículos 1.343, 1.394 y 1.411 del Código Civil, como consecuencia de lo anterior; porque los acreedores no son parte en el incidente de partición y no pueden pretender derecho real sobre los bienes de la sucesión, ni la partición es medio idóneo para crear ese derecho; porque la partición se hace entre los asignatarios que no son otros que los indicados en los artículos 1.046 a 1.050 del Código Civil y 19 a 21 de la Ley 45 de 1936; porque para que pueda adjudicarse bienes a los acreedores directamente en compensación del valor de sus créditos, debe convenirse con los herederos y, entonces, sería la voluntad contractual creadora del fenómeno de la dación en pago; porque los bienes de la sucesión constituyen garantía de seguridad de los acreedores para la efectividad de sus acreencias, pero esa calidad no les da derecho sobre los bienes mismos, ni tienen contra los herederos, para obtener el pago, acciones dife-

rentes que las que tendrían contra el causante; y por fin, se objeta la partición porque el partidor no incluyó en la liquidación los gastos del juicio hechos en beneficio de todos los interesados, tales como papel sellado, adquisición de partidas del estado civil, publicaciones por la prensa, etc. etc., gastos que, de acuerdo con los artículos .1016 y 2.495 del Código Civil, son preferentes.

Estas objeciones determinaron las peticiones siguientes:

a) "Que se forme una hijuela para el heredero único, (siempre que entonces subsista esta misma situación) adjudicando a éste la totalidad de los bienes, con cargo a pagar los gastos y las deudas hereditarias, liquidando éstas por capital e intereses hasta la fecha de la partición, con expresión de las personas a quienes deba cubrirlas; y

b) "Que en su defecto, forme separadamente una hijuela de deudas y gastos, independientemente a la que corresponde a la asignación, a efecto de que con los bienes en ella señalados, el heredero cubra el valor de ese pasivo por sus diferentes conceptos".

El Juez declaró probadas las objeciones por providencia de 2 de marzo de 1957. El negocio fue al Tribunal, por apelación, y éste revocó la del Juez y ordenó aprobar la partición. Así lo hizo el Juzgado y, por sentencia de 9 de julio de 1957 aprobó la partición, pero el abogado del heredero interpuso nuevamente recurso de apelación y, el Tribunal, confirmó la sentencia del Juzgado. Este procedimiento adoptado por el Tribunal propició el dilatado e inoficioso pronunciamiento de cuatro providencias sobre partición. Y es aquella, de noviembre 22 de 1957, la recurrida en casación.

LA ACUSACION

Por tres cargos se acusa la sentencia: los dos primeros por violación directa de los artículos 21 y 22 de la Ley 45 de 1936, 1.374, 1.391, 1.343, 1.394 y 1.411 del Código Civil y 967 del Código Judicial; y el tercero, por haberse incurrido en la nulidad prevista por la causal 2ª del artículo 448 del Código Judicial, "infringiendo así, directamente, el artículo 953 de la misma obra".

El orden de la sentencia de casación impone estudiar primero el cargo tercero de la demanda, por tratarse de un error in procedendo, a lo cual se procede:

PRIMER CARGO. Tercero de la demanda.

Sostiene el recurrente que la sentencia "se produjo sobre un juicio viciado de nulidad, por ilegitimidad sustantiva de la personería del acreedor que demandó la partición, porque el Juez de primera instancia al decretarla y el Tribunal al confirmar la sentencia aprobatoria de ella, incurrieron en la causal segunda que señala el artículo 448 del C. J...."

Afirma que "la partición no fue solicitada por el apoderado representante del señor Francisco Escobar, único heredero reconocido; y si se pidió por uno de los acreedores, cesionario del crédito de Sarria Colonia, tal peticionario carece de personería para actuar dentro del juicio de partición, y si se admitió la intervención se violaron los preceptos normativos de la partición, incurriendo así en la causal de nulidad que en su regla segunda señala el artículo 448 del C. J.".

Ocurre que el heredero Escobar confirió poder al doctor Luis Carlos Salazar Salamanca (folios 8 del cuaderno número 1º) para iniciar y adelantar el juicio de sucesión de Aminta Escobar, y fue el mismo abogado quien, después de cumplido el adelantamiento del juicio y en el momento oportuno de solicitar la partición, la pidió en memorial de 14 de julio de 1953, (folios 41 del cuaderno número 1º) la que se decretó el 8 de agosto del mismo año.

Por las constancias procesales vistas, aparece que el cargo no es fundado.

SEGUNDO CARGO. Primero y segundo de la demanda.

Dice la demanda de casación:

"Las dos primeras disposiciones (se refiere a los artículos 21 y 22 de la Ley 45 de 1936), que sustituyeron los artículos 1.048 y 1.050 del Código Civil, dicen cómo, a falta de legitimarios o de otra clase de asignatarios, son también herederos del causante los hermanos legítimos. Las otras disposiciones invocadas (artículos 1.374 y 1.391 del Código Civil) se relacionan con el derecho de los copartícipes para no permanecer en la indivisión y la obligación en que está el partidor de conformarse, para la adjudicación de los bienes, a los preceptos del título 10, libro 3º del mismo código.

"Esa partición debe realizarse entre los asignatarios o copartícipes, que no son otros, precisa-

mente, que los señalados en los artículos 1.046 a 1.050 de dicho código, y mal pueden tenerse como tales, para esos efectos, a los acreedores, porque la ley no les ha dado ese carácter y porque ellos no son parte en el propiamente llamado juicio de partición de bienes herenciales, que se inicia con la demanda de partición. Esta, pues, se surte con las personas reconocidas como copartícipes, a falta de disposiciones testamentarias, y dentro de ellas no aparecen los acreedores.

Al reconocer el Tribunal como copartícipe de la herencia a los acreedores, violó las disposiciones antes citadas.

Relativamente la violación por infracción directa de los artículos 1.343, 1.394 y 1.411 del Código Civil y 967 del Código Judicial, sostiene el recurrente: "El primero de ellos prevé que el partidor señale un lote de bienes para cubrir las deudas, y el segundo exige que se liquide a cada uno de los coasignatarios lo que se le deba por su asignación y que se proceda a la distribución. Pero ninguno de esos preceptos admite que a cada acreedor se cubra directamente con parte de los bienes inventariados, formando una hijuela en su favor, para colocarlo así en un mismo pie de igualdad con los copartícipes".

"La tercera disposición invocada exige que las deudas se dividan entre los herederos a prorrata de sus cuotas. Lo que quiere decir que es a los herederos sobre quienes recae la carga del pago, pero no sobre los bienes mismos traspasados en forma real y directa al dominio de los acreedores.

"Violó expresamente el sentenciador esas disposiciones, porque al aprobar la partición se abstuvo de aplicarlas o las aplicó indebidamente al caso del juicio, cuando debió revocar la sentencia del Juez a-quo para ordenar, en su defecto, que el partidor separase un lote de bienes a fin de cubrir las deudas, o adjudicarlos al heredero con cargo a sufragar el pasivo.

"Esa manera de proceder llevó también al Tribunal a infringir directamente el artículo 967 del Código Judicial, que contempla la licitación de bienes "para pagar deudas hereditarias o testamentarias, siempre que los herederos capaces de disponer de lo suyo no hayan logrado ponerse de acuerdo".

"Y es porque de la licitación no puede prescindirse en ningún caso en que judicialmente se persiga el pago, porque ya sea dentro del juicio de sucesión o separadamente en el ejecutivo o hipotecario, según el caso, el deudor tiene derecho a que se busque para los bienes afectos a él, el mayor precio que por ellos pueda ofrecerse, lo que sólo tiene posibilidad de conseguirse mediante la subasta pública".

Consideraciones:

a) Los bienes del difunto están destinados al pago de sus deudas. Este principio autoriza a los acreedores hereditarios y a los testamentarios para tomar determinadas actividades dentro del juicio de sucesión con el objeto de lograr el pago de sus acreencias. Así el artículo 1.279 atribuye a todo el que tenga interés en una sucesión para pedir ciertas medidas de seguridad e impedir el menoscabo de los bienes. El artículo 1.297 confiere facultad a cualquiera persona interesada en la sucesión para obtener declaración de herencia yacente si dentro de 15 días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes, y que haya aceptado su encargo.

El 1.289, obliga al asignatario, en virtud de demanda de cualquiera persona interesada en ello, a declarar si acepta o repudia la herencia. El 1.312, da derecho a todo acredor hereditario que presente el título de su crédito para asistir a la formación del inventario sucesoral. El 1.343, obliga al albacea a exigir que en la partición de los bienes se señale un lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas conocidas. El 1.346, textualmente establece que aunque el testador haya encomendado al albacea el pago de sus deudas, los acreedores tendrán siempre expedita su acción contra los herederos, si el albacea estuviere en mora de pagarlas. Por fin, para no citar otras disposiciones, el artículo 1.393, obliga al partidor a formar el lote o hijuela de deudas conocidas a que se refiere el artículo 1.343, con la advertencia que la omisión de este deber, le hará responsable de todo perjuicio respecto de los acreedores.

La ley civil como la ley procedimental en los artículos 908 y 941 del Código Judicial, entre otros, autoriza a los acredores hereditarios a intervenir en el juicio sucesorio a fin de que sus derechos tengan cumplido efecto y que, la muerte del deudor no afecte ni mengüe la situación y derechos de sus acreedores.

Empero, los acreedores hereditarios no tienen facultad para intervenir en el incidente de partición de bienes de la sucesión. El artículo 953 del Código Judicial señala como posibles demandantes

de la partición "a cualquiera de los herederos con las limitaciones prescritas en el artículo 1.379 del Código Civil", y el artículo 958 del Código de Procedimientos atribuye igual derecho a los legatarios, pero limitando tal actividad solamente al pago de sus asignaciones, si las fuerzas del patrimonio lo permiten y dan caución de restituír lo que les toque, conforme lo establece el artículo 1.431 del Código Civil.

b) Por razón de la muerte de una persona nace una comunidad universal de bienes entre sus causahabientes. Los acreedores del causante no son causahabientes de él, y por eso no pueden ser copartícipes en la comunidad. A su vez, la partición de una herencia es la división y distribución de los bienes hereditarios entre los herederos, por razón de derivar su título del causante. Por eso, igualmente, los acreedores no tienen derecho a intervenir en el incidente de partición. No queda, sin embargo, sin respaldo legal el derecho de los acreedores, pues el artículo 1.393 del Código Civil, ya citado, obliga al partidor a formar lote o hijuela para cubrir deudas conocidas. Pero, no le es permitido al partidor, porque rebasaría sus funciones, adjudicar bienes de la sucesión sin expresa autorización de los herederos.

"Los acreedores hereditarios pueden asumir tres posiciones para obtener el reconocimiento de sus créditos dentro de un juicio de sucesión: 1ª Demandar a la sucesión representada por sus herederos para obtener el pago de lo que adeudaba el causante; 2ª. Esperar a la terminación del juicio y a la liquidación de la herencia para demandar a los herederos a prorrata de su cuota hereditaria, y 3ª. Intervenir en el juicio de sucesión para que cuando sea el caso, sean incluídos sus créditos en el inventario y para pagarlos se señalen bienes en la partición. Este tercer medio es el más expedito y usado y cuando por cualquier circunstancia no es viable o fracasa, le quedan los otros dos medios al acreedor".

"La primera acción se basa en el artículo 1.162 del Código Civil, la segunda en el artículo 1.411, y la tercera, entre otros, en los artículos 1.289, 1.312 del Código Civil y 908, 909, 935 y 941 del Código Judicial. El acreedor hereditario tiene también las acciones de los artículos 1.279 y 1.298 del Código Civil, con relación con el 908 del Código Judicial.

"No puduiendo los acreedores objetar la partición, no pueden alegar la falta de citación o emplazamiento a que se refiere el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial, puesto que carecen de personería para ello. Y no solamente de personería sino de interés jurídico, porque la omisión o desconocimiento que en un juicio de sucesión se haga de los créditos contra el causante, ni desvirtúa el valor legal de tales créditos ni imposibilita a los acreedores para obtener la efectividad de éstos por la vía legal". (G. J. números 1.964 y 1.965, Pág. 355).

Y como el partidor, en el caso de autos, adjudicó bienes de la sucesión a los acreedores hereditarios y las objeciones a la partición fueron formuladas por el único heredero, los cargos hechos en la demanda de casación, con base en los artículos allí citados, son procedentes y la sentencia aprobatoria de la partición habrá de casarse para que se proceda de conformidad con los principios legales antes enunciados, así:

Sobre la base de los inventarios practicados en el juicio deben hacerse dos hijuelas en nombre de Francisco Escobar:

a) La del lote de gastos para pagar el pasivo de los inventarios, según ley, y

b) La del remanente de bienes como único heredero.

RESOLUCION

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 18 de septiembre de 1957, proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el presente juicio de sucesión de Aminta Bueno o Escobar viuda de Villalobos, REVOCA la de 9 de julio del mismo año del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, y en su lugar,

RESUELVE:

Decláranse fundadas las objeciones a la partición realizada el 3 de agosto de 1955; y,

En consecuencia, se ordena rehacer dicha partición en la forma indicada en la parte motiva de esta sentencia.

No se causaron costas en el recurso.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

LA DEMANDA ES PIEZA FUNDAMENTAL DE TODO JUICIO. — NORMAS PRECISAS A LAS CUALES DEBE SUJETARSE TAL ESCRITO Y DENTRO DE LAS CUALES PUEDEN MOVERSE TANTO LAS PARTES COMO EL JUZGADOR. — ACLARACION O CORRECCION DE LA DEMANDA.—PRESUPUESTOS PROCESALES.—SI EN EL MOMENTO DE DICTAR SENTENCIA EL JUZGADOR ENCUENTRA QUE FALTA EL PRESUPUESTO PROCESAL DE DEMANDA EN FORMA, DEBE DECLARARSE INHIBIDO PARA DECIDIR SOBRE EL MERITO DE LA ACCION ESTABLECIDA, ESTO ES, QUE NO PODRA FALLAR SOBRE EL FONDO DEL JUICIO. — EL JUZGADOR DEBE LIMITARSE A RECONOCER EN EL FALLO LO ALEGADO Y PROBADO POR LAS PARTES, SIN QUE PUEDA CONDENAR A MAS NI A OTRA COSA QUE LO SUPLICADO EN EL ESCRITO PRINCIPAL. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA POR EL FALLADOR CUANDO AQUELLA PRESENTA OSCURIDAD O VAGUEDAD EN LAS SUPLICAS. — ELEMENTOS INDISPENSABLES PARA QUE PROSPERE LA ACCION REIVINDICATORIA

1.— La demanda es pieza fundamental de todo juicio, porque concreta el objeto litigioso y sirve de límite tanto a la actividad de las partes como al juzgador, quien al dictar la sentencia no puede salirse del ámbito que le ha señalado el actor.

Por ello el legislador ha dado normas precisas a las cuales debe sujetarse tal escrito, que están consagradas en los artículos 205 y 737 del Código Judicial y que son: la designación del Juez a quien se dirige la demanda, los nombres de las partes o de sus representantes y su vecindad o residencia si es conocida, lo que se demanda, "expresando con claridad y precisión los hechos u omisiones, los fundamentos en que se apoya, y la cuantía, cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia". El artículo 737 trata de la demanda en juicio ordinario y repite que "debe enunciar con claridad y precisión las peticiones que se hacen, expresar los hechos en que ella se apoya, debidamente clasificados y numerados". Y el artículo 222 de la misma obra establece que "si lo que se demanda es una cosa raíz, deben especificarse los linderos y las demás circunstancias que la den a conocer y la distingan de otras con que pueda confundirse".

Si el actor no cumple con estas exigencias, el Juez oficiosamente debe abstenerse de darle curso a la demanda "mientras no sea corregida o aclarada (artículo 738); y si le dá curso, la parte contraria puede proponer la excepción dilatoria de inepta demanda, dentro del término que tiene para contestarla en los juicios ordinarios y en los especiales en que ello es admisible (artículos 330 y 333).

2.—Si en el momento de dictar sentencia encuentra el juzgador que falta el presupuesto procesal de demanda en forma, debe declararse inhibido para decidir sobre el mérito de la acción establecida, esto es, que no podrá fallar sobre el fondo del juicio. "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" (GACETA JUDICIAL, Tomo LXXVIII, 349).

3.—La ley ordena que "las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes" (Artículo 471 ibídem). Norma que es consecuencia del principio dispositivo que informa nuestro sistema procesal civil, según el cual el juzgador debe limitarse a reconocer en el fallo lo alegado y probado por las partes (secundum allegata et probata), sin que pueda condenar a más ni a otra cosa que lo suplicado en el escrito principal.

4.—Cuando la demanda presenta oscuridad o vaguedad en las súplicas, o el actor ha sufrido equivocación en la denominación de la acción o error en la cita de normas que sirvan para sustentar lo pedido, el Juez tiene facultad para interpretarla, siempre que se mantenga dentro de sus límites, que son las peticiones y los hechos en que se funda.

Es obvio que cuando la demanda es clara y precisa en las súplicas y en los hechos fundamentales, no le es dado al fallador interpretarla, como en forma repetida lo ha dicho la Corte.

5.—Como es bien sabido, para que prospere la acción reivindicatoria es necesario acreditar en forma plena los siguientes elementos: a) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) Derecho de dominio en el demandante; c) Posesión material en el demandado; d) Identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea, que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Salazar).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de 14 de octubre de 1957 dictada por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario de Dolores y Hernando Ramírez Londoño contra María Salgado Arias, interpuesto por la parte demandada.

ANTECEDENTES:

Es conveniente reproducir el escrito de demanda con que se inició este juicio, por ser pieza que es motivo de ataque por el recurrente y que se tendrá en cuenta para resolver el recurso.

Los menores adultos Dolores y Hernando Ramírez Londoño, por medio de Curador ad-litem, demandaron a María Salgado Arias para que mediante el trámite de un juicio ordinario se hicieran estas declaraciones:

"a) Declárase que el inmueble individualizado en la escritura pública número 380 de 7 de noviembre de 1938, del protocolo de la Notaría de Montenegro, es de propiedad de la sociedad conyugal formada por el hecho del matrimonio entre Martín Ramírez e Inés Londoño, ya finada, sociedad ésta disuelta pero ilíquida.

"b) En consecuencia, se condena a la demandada María Salgado Arias a restituír el expresado inmueble a la mencionada sociedad conyugal, tres días después de ejecutoriada la sentencia, comprendiendo esta restitución los frutos naturales y civiles, percibidos o que hubiese podido percibir la sociedad conyugal demandante (sic) mediante mediana inteligencia y cuidado".

Como hechos adujeron los siguientes:

"Primero. Los señores Martín Emilio Ramírez e Inés Londoño contrajeron matrimonio conforme al ritual romano en la parroquia de Montenegro el 17 de septiembre de 1932 como lo testifica la copia de la partida adjunta.

"Segundo. El anterior matrimonio procreó como hijos legítimos a Dolores y a Hernando Ramírez Londoño, nacidos en Montenegro el 5 de septiembre de 1935 y el 29 de junio de 1937, en su orden, como se demuestra con la copia de las partidas anexas.

"Tercero. Por medio de la escritura pública número 147, de fecha 9 de mayo de 1938, del protocolo de la Notaría de Montenegro, registrada en este Circuito de Registro el 6 de febrero del año de 1939, en el Libro I Tomo I, bajo la partida número 153, el cónyuge o marido señor Martín Emilio Ramírez figura comprándole a Florentina Arias viuda de Salgado, un lote de terreno denominado La Grecia, en el paraje de Buenos Aires, comprensión municipal de Montenegro, alinderado: "De un mojón de piedra clavado al borde del camino de La María, en lindero con predios del comprador, siguiendo hacia el centro, lindando con el mismo, hasta un mojón de piedra denominado El Tequendama, al borde de la quebrada del mismo nombre; de aquí, quebrada abajo, hasta un mojón de piedra al borde de la misma quebrada; de aquí, hacia arriba, lindando con el mismo predio, al camino de La María, y de aquí, camino arriba, al mojón, punto de partida".

"Cuarto. Por el mero hecho de matrimonio entre Martínez (sic) e Inés Londoño, quedó constituída la sociedad conyugal o sociedad de bienes. Lógicamente el inmueble descrito en el punto inmediatamente, anterior, ingresó al patrimonio de ésta.

"Quinto. El día 10 de septiembre de 1938 falleció la señora Inés Londoño de Ramírez, o sea la esposa de Martín Ramírez y madre de los meno-

res Hernando y Dolores Ramírez Londoño. Este hecho lo acreditó con la copia de la partida expedida por el señor Notario de Montenegro.

"Sexto. Disuelta la sociedad conyugal por el fallecimiento de la cónyuge entró en liquidación y se convirtió en una comunidad en que representan al de cujus sus herederos. Empero, el marido o cónyuge supérstite, señor Martín Ramírez por medio de la escritura pública número 380 de 7 de noviembre de 1938 de la Notaría de Montenegro vendió a la señora María Teresa Salgado (sic) de Anzola el inmueble descrito en el punto tercero de este libelo, o sea, dos meses después del fallecimiento de su mujer legítima.

"Séptimo. A su turno la señora María Teresa Salgado (sic) de Anzola vendió el antecitado inmueble al señor Ramón Elías Gómez G. por medio de la escritura pública número 29, de 19 de marzo de 1944, otorgada por ante el señor Notario de Montenegro.

"Octavo. A su vez el señor Ramón Elías Gómez G. vendió el inmueble preindividualizado a la señora María Salgado Arias, por medio de la escritura pública número 476, de 13 de noviembre de 1944, también de la Notaría de Montenegro.

"Noveno. La señora María Salgado Arias es, pues, la actual poseedora inscrita del inmueble descrito ya que en su cabeza radica la posesión legal que confiere la inscripción del título en los libros de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados".

En derecho fundaron la acción en los artículos 1.781, numeral 5º, 1.871, 947 y 952 del Código Civil.

La demandada María Salgado de Arias no contestó la demanda, sino que denunció el pleito a Elías Gómez Gómez, éste lo denunció a María Teresa Gallego de Anzola y ésta a Francisco Herrera y Florentina Arias, pero el Juzgado del Circuito de Armenia, ante quien se presentó la demanda, no admitió esta última denuncia en atención a que los mencionados Herrera y Arias no fueron tradentes del inmueble a la señora Gallego de Anzola, sino de Martín Ramírez.

El Juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia por sentencia de 12 de abril de 1956 declarando que "el inmueble a que se refiere la parte petitoria del libelo de demanda, individualizado en la escritura número 380 de 7 de noviembre de 1938, de la Notaría de Montenegro, por los linderos que allí se relacionan, pertenece en dominio pleno a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por el matrimonio entre Martín Emilio Ramírez e Inés Londoño", condena a María Salgado Arias a restituír dicho predio, junto con los frutos producidos después de la contestación de la demanda y reconoce que la demandada tiene derecho al pago de las mejoras útiles.

LA SENTENCIA ACUSADA

Interpusieron recurso de apelación las partes, la demandante por cuanto el fallo no hizo condenación en costas, recurso que resolvió el Tribunal Superior de Pereira por sentencia de 14 de octubre de 1957, así:

"1º Confírmase el numeral 1º de la sentencia pronunciada por el señor Juez Civil del Circuito de Armenia que lleva fecha del 12 de abril de 1956 dictada en este juicio, con la reforma que implica el siguiente enunciado: Declárase que pertenece en dominio pleno a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por el matrimonio entre Martín Emilio Ramírez e Inés Londoño el inmueble singularizado en la escritura número 147 otorgada ante el Notario del Circuito de Montenegro el 9 de mayo de 1938 denominado La Grecia, ubicado en el paraje de Buenos Aires del municipio de Montenegro demarcado así: "De un mojón de piedra clavado al borde del camino de La María, en lindero con predio del comprador, siguiendo hacia el centro, lindando con el mismo, hasta un mojón de piedra denominado El Tequendama al borde de la quebrada del mismo nombre; de aquí, quebrada abajo hasta un mojón de piedra, al borde de la misma quebrada, y de aquí hacia arriba, lindando con el mismo predio de Ramírez, hasta el primer mojón punto de partida.

"2º. Confirmar los numerales 2º, 3º, 4o., 5o. y 6o. de dicha sentencia, con la advertencia de que se refieren al lote descrito en el numeral primero de la presente sentencia.

"3º. Ordénase al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Armenia que cancele las inscripciones de los siguientes instrumentos: Número 380 de 7 de noviembre de 1938; número 29 de 19 de enero de 1944 y número 476 de 13 de noviembre del mismo año de 1944, todos otorgados en la Notaría del Circuito de Montenegro, pero únicamente en cuanto se refiere al inmueble descrito en el numeral primero de la parte resolutiva de la presente sentencia y cuyos linderos le serán transcritos en el oficio que se le libre por el Juzgado de primera instancia.

"Sin costas en la instancia".

Para llegar a esta decisión, el Tribunal hace un prolijo estudio de comparación de alinderaciones de los inmuebles determinados en las escrituras 147 de 9 de mayo de 1938 y 380 de 7 de noviembre del mismo año para saber si son idénticas y concluye que son diferentes, según las diligencias de inspección ocular practicadas en las instancias y otras pruebas llevadas al proceso, pero que el fundo relacionado en la primera está comprendido dentro de la finca precisada en la segunda escritura.

El sentenciador entró en este análisis de comparación de linderos, porque como se vio por la transcripción de la demanda la parte actora precisa en el hecho tercero el inmueble que adquirió el cónyuge Martín Ramírez por la escritura 147 y en el hecho sexto afirma que el vendido por la número 380 es el mismo descrito en la 147, no obstante que en la 380 el vendedor Ramírez afirma que el inmueble objeto del contrato lo adquirió en dos porciones, una por la escritura 145 de primero de marzo de 1935 y otra por la escritura número 147, ya citada. Comparación que era indispensable porque los demandantes concretamente piden que se declare a la sociedad conyugal dueña del predio descrito en la escritura 380, según la súplica del punto a) de la demanda.

Establecido por el Tribunal que los inmuebles relacionados en las escrituras 147 y 380 son diferentes, entró a hacer una interpretación del escrito de demanda con que se inició el presente juicio y halló que el predio cuya reivindicación persigue la parte actora era el determinado en la escritura 147 y nó el que aparece en la 380.

Dijo a este respecto el sentenciador: "En la parte suplicatoria del libelo el demandante se dirige a conseguir la declaratoria judicial de que pertenece en propiedad a la sociedad conyugal ilíquida de Ramírez y la Osorio (sic) "el inmueble individualizado en la escritura pública número 380 de 7 de noviembre de 1938 del protocolo de la Notaría de Montenegro" pero de los hechos en que fundamentó su acción, se desprende que la intención reivindicatoria se encamina a recuperar para esa mortuoria únicamente el lote demarcado en el hecho tercero de la demanda, es decir el adquirido por Ramírez, por la escritura 147 de 9 de mayo de 1938 otorgada en la misma Notaría y prescinde del lote que adquirió Ramírez de Francisco Herrera por la escritura número 155 de 1º de marzo de 1935, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Armenia porque no lo mencionó en su demanda ni allegó la copia registrada del instrumento últimamente citado, ni los certificados y testimonios que solicitó, ni en la inspección ocular hizo gestión alguna encaminada a incluír ese lote en la reivindicación".

Como resultado de esta interpretación el Tribunal decretó la reivindicación del inmueble que aparece relacionado en la escritura número 147, y no del mencionado en la 380, como ya quedó visto.

LA DEMANDA DE CASACION

Contra el fallo de segunda instancia interpusieron recurso de casación los apoderados de la demandada María Salgado Arias y del denunciado Ramón Elías Gómez Gómez, el que les fue concedido y que sustentaron en una sola demanda, recurso que la Sala procede a resolver.

El primer cargo lo apoyan en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y lo proponen así:

"Al considerar el Tribunal que el objeto de la pretensión era el bien alindado al numeral 3º de los hechos del libelo, y no el especificado en la escritura número 380 de 7 de noviembre de 1948, incurrió en error de derecho en la interpretación del libelo de demanda, error que lo llevó a violar indirectamente la ley sustantiva, aplicando indebidamente al caso de autos los artículos 675, 946, 947 y 949 del Código Civil, y el artículo 593 del Código Judicial".

En desarrollo de esta acusación expresan los siguientes conceptos:

"Quien demande dominio sobre un bien raíz especificándolo en el "petitum" o haciendo relación al título que lo especifica, debe probar su dominio sobre dicho bien considerado como una unidad física total, y no parcial. Aceptar como lo hizo el fallador la demostración del dominio sobre una parte de él, o sobre un derecho de cuota en el mismo que no fue demandada, es variar sustancialmente el objeto de la pretensión en perjuicio del demandado que fue citado al debate sobre cosa distinta. Si el actor no obstante haber sido claro en su petición, en la parte motiva (sic) del libelo alinderó un cuerpo cierto distinto contenido en menor porción en el bien señalado como objeto de la relación, no puede en el curso del debate variar el orden de la prueba, cambiar el orden de la relación ni puede tampoco el Juez aparentando duda en la interpretación del libelo resolver que es el bien especificado en la parte

motiva y no el determinado en la parte petitoria en donde conforme a la doctrina procesal se determina el objeto de la relación, y porque la duda en el análisis de la prueba no debe resolverse a favor del actor sino del demandado, artículo 601 del Código Judicial.

"La acción instaurada en el juicio es la reivindicatoria, y es sabido que con este tipo de acción real sólo pueden demandarse cuerpos ciertos o cuotas determinadas proindiviso de una cosa singular, y que tanto el cuerpo cierto como la cuota proindiviso de cosa singular deben ser determinados.

"La relación del fallador entre el bien alindado al numeral tercero de los hechos y el que fue demandado en la letra a) de la parte petitoria, dando prelación a aquél sobre éste, es, pues, ilegal e inconducente, y ni aún puede justificarse duda en el fallador, bajo el pretexto de vaguedad en el libelo, puesto que la dicha parte petitoria no admite ambigüedad o equívoco alguno al respecto. La Corte ha dicho: "Cuando la demanda adolece de cierta vaguedad es susceptible de ser interpretada por el juzgador y con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe o modifique los capítulos petitorios del libelo". (GACETA JUDICIAL número 2.171, Pág. 494).

"El error de derecho en la interpretación de la demanda, considerada como prueba fundamental del proceso, tuvo su incidencia notoria en la parte dispositiva de la sentencia, habiendo motivado la violación indirecta de los artículos 665, 946, 947 y 949 y concordante del Código Civil, por aplicación indebida, reconociendo dominio sobre un bien que no fue demandado como objeto del proceso, y por falta de aplicación del artículo 601 del Código Judicial".

En el segundo cargo el recurrente insiste en formular la misma acusación, pero le atribuye error de hecho evidente a la interpretación que le dio el Tribunal a la demanda, por lo que se estudiarán conjuntamente los dos cargos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La demanda es pieza fundamental de todo juicio, porque concreta el objeto litigioso y sirve de límite tanto a la actividad de las partes como al juzgador, quien al dictar la sentencia no puede salirse del ámbito que le ha señalado el actor.

Por ello el legislador ha dado normas precisas a las cuales debe sujetarse tal escrito, que están consagradas en los artículos 205 y 737 del Código Judicial y que son: la designación del Juez a quien se dirige la demanda, los nombres de las partes o de sus representantes y su vecindad o residencia si es conocida, lo que se demanda, "expresando con claridad y precisión los hechos u omisiones, los fundamentos en que se apoya, y la cuantía, cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia". El artículo 737 trata de la demanda en juicio ordinario y repite que "debe enunciar con claridad y precisión las peticiones que se hacen, expresar los hechos en que ella se apoya, debidamente clasificados y numerados". Y el artículo 222 de la misma obra establece que "si lo que se demanda es una cosa raíz, deben especificarse los linderos y las demás circunstancia que la den a conocer y la distingan de otras con que pueda confundirse".

Si el actor no cumple con estas exigencias, el Juez oficiosamente debe abstenerse de darle curso a la demanda "mientras no sea corregida o aclarada (artículo 738); y si le dá curso, la parte contraria puede proponer la excepción dilatoria de inepta demanda, dentro del término que tiene para contestarla en los juicios ordinarios y en los especiales en que ello es admisible (artículos 330 y 333).

Y si en el momento de dictar sentencia encuentra el juzgador que falta el presupuesto procesal de **demanda en forma**, debe declararse inhibido para decidir sobre el mérito de la acción establecida, esto es, que no podrá fallar sobre el fondo del juicio. "Tal sería el caso de una demanda en que ejercitándose una acción real no se ha 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". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXXVIII, 349).

Por lo demás, la ley ordena que "las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes". (Artículo 471 **ibídem**). Norma que es consecuencia del principio dispositivo que informa nuestro sistema procesal civil, según el cual el juzgador debe limitarse a reconocer en el fallo lo alegado y probado por las partes (**secundum allegata et probata**), sin que pueda condenar a más ni a otra cosa que lo suplicado en el escrito principal.

2. Pero cuando la demanda presenta oscuridad o vaguedad en las súplicas, o el actor ha sufrido equivocación en la denominación de la acción o error en la cita de normas que sirvan para sustentar lo pedido, el Juez tiene facultad para interpretarla, siempre que se mantenga dentro de sus límites, que son las peticiones y los hechos en que se funda.

Es obvio que cuando la demanda es clara y precisa en las súplicas y en los hechos fundamentales, no le es dado al fallador interpretarla, como en forma repetida lo ha dicho la Corte.

3. En el presente juicio la parte actora solicitó que se declarara "que el inmueble individualizado en la escritura pública número 380 de 7 de noviembre de 1938 del protocolo de la Notaría de Montenegro es de propiedad de la sociedad conyugal formada por el hecho del matrimonio entre Martín Ramírez e Inés Londoño", con la consecuencia de que se condenara a la parte demandada a restituír tal predio, junto con los frutos.

El Tribunal sentenciador, no obstante esta petición tan concreta y clara, que no se presta a interpretación de ninguna clase, porque no adolece de vaguedad u oscuridad, resolvió interpretarla y como consecuencia hizo una declaración de propiedad y de restitución sobre otro inmueble, el relacionado en la escritura número 147 de 9 de mayo de 1938, de la Notaría de Montenegro, que según el mismo Tribunal es diferente del relacionado en la escritura 380 pedido en la demanda.

Incurrió así en error de hecho evidente en la apreciación de la demanda, error que dio ocasión a la violación de los artículos 946 y 950 del Código Civil, ya que si el actor busca reivindicar el inmueble determinado en la escritura 380 y el Tribunal lo declara dueño de otro diferente, se produjo un cambio del objeto litigioso. Por ello prospera el cargo formulado y se debe casar la sentencia y dictar la que corresponda.

4. Como es bien sabido, para que prospere la acción reivindicatoria es necesario acreditar en forma plena los siguientes elementos: a). Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) Derecho de dominio en el demandante; c) Posesión material en el demandado; e) Identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea, que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado.

En el caso de autos la parte actora pretende que se declare dueña a la sociedad conyugal de Martín Ramírez e Inés Londoño de Ramírez, disuelta por muerte de ésta pero ilíquida, del inmueble relacionado en la escritura número 380 de 7 de noviembre de 1938 varias veces mencionada y que, como consecuencia, se condene a María Salgado Arias, en su condición de actual poseedora, a restituírlo a dicha sociedad junto con los frutos.

Pero acontece que la parte demandante sólo acreditó el carácter de dueña sobre el fundo rural llamado La Grecia, que la mencionada sociedad conyugal adquirió por compra mediante la escritura 147 de 9 de mayo de 1938 de la Notaría de Montenegro, predio éste que según las diligencias de inspección ocular (folio 3, cuaderno 2 y folio 66, cuaderno 1) es diferente del predio vendido por Martín Ramírez a María Teresa Gallego de Anzola por la escritura número 380 referida, habiendo dejado el Juez que intervino en tales inspecciones oculares la observación de que este bien a que se refiere la escritura 380 es más grande que el relacionado en la escritura número 147, lo que quiere decir que hay una parte del fundo cuya reivindicación se persigue respecto de la cual no se ha probado que sea de propiedad de la sociedad conyugal Ramírez-Londoño.

Falta, por lo tanto, un elemento axiológico de la acción reivindicatoria, por lo que se impone la negativa para las pretensiones de la parte actora.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de catorce de octubre de mil novecientos cincuenta y siete dictada por el Tribunal Superior de Pereira en el presente juicio, revoca la de primer grado dictada por el Juzgado del Circuito Civil de Armenia de doce de abril de mil novecientos cincuenta y seis, y en su lugar falla este juicio así:

Niéganse todas las súplicas de la demanda.

Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso de casación. Las de la primera instancia son de cargo de la parte actora.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

ES IMPROCEDENTE, RESPECTO DE UN MISMO MEDIO PROBATORIO, ALEGAR SIMULTANEAMENTE ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO. — TECNICA DEL ERROR DE DERECHO. — RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS. SU PRUEBA. — VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO. — LEY SUSTANCIAL Y LEY PROCESAL. — SU DEFINICION.— LA INFRACCION DE NORMAS PROBATORIAS POR SI SOLA NO SIRVE PARA ACUSAR UN FALLO POR VIOLACION DIRECTA

1.—En principio, no pueden aducirse simultáneamente y respecto de una misma prueba error de hecho y error de derecho, ya que si el sentenciador tuvo en cuenta el respectivo medio probatorio, no podía incurrir en error de hecho, y sólo podía caer en el de derecho, suponiendo que a la prueba le hubiera desconocido el valor que la ley le reconoce.

2.—En los cargos por error de derecho es menester enunciar la norma probatoria violada, es decir, la violación medio, pues en tal tipo de error primero se hace impacto en tales disposiciones para llegar luégo a la infracción de preceptos sustanciales.

3.—Para que la causal de declaración de filiación natural prevista en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 prospere, es necesario que se pruebe plenamente que entre el presunto padre y la madre existieron relaciones sexuales estables, y que ellas tuvieron lugar en la época en que la ley presume la concepción del hijo, es decir, que éste nació después de los ciento ochenta días contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquél en que finalizaron.

Si bien es cierto que los testigos no tienen por qué declarar sobre las relaciones mismas, que por su naturaleza son actos íntimos y ocultos, sí deben deponer sobre hechos de los cuales se pueda deducir la existencia de ellas con las características de estabilidad y notoriedad.

4. — Es cierto que las declaraciones de dos testigos, siempre que sean uniformes, en cuanto a los hechos y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley (Código Judicial, artículo 697); pero también es evidente que para poder ser atendidos los testimonios que se rindan en tales condiciones, deben reunir determinados requisitos legales. Estos, además del rito y la oportunidad, son primordialmente: que sea el mismo testigo quien expone todo cuanto sabe sobre el punto de que se trata (Código Judicial, artículo 687); que el testimonio sea responsivo, exacto y completo; que el testigo exponga la manera precisa y distinta como ha sabido los hechos de que tiene noticia, y que el testigo no se limite a decir que es cierto el contenido de la pregunta, sino que explique cada respuesta a fin de demostrar cómo tuvo suficiente conocimiento de los hechos sobre que depone (artículo 688). Además, el valor probatorio difiere según que el testigo haya conocido los hechos por propia y directa percepción, o por haberlos oído a otros, o cuando el contenido de su exposición versa exclusivamente sobre palabras (artículos 697, 698 y 699). Por último, no hace fé el dicho de un testigo que se contradice notablemente en una o varias declaraciones en cuanto al hecho mismo o sus circunstancias importantes, ni tampoco tiene valor el testimonio producido por soborno o cohecho (artículo 701).

5.—Conforme al artículo 520 del Código Judicial, la primera causal de casación descansa en violación de ley sustantiva, o sustancial. Se entiende en forma elemental por ley sustancial la que establece o reconoce derechos privados y por ley procesal, la que regula las formas para hacerlos efectivos. Las disposiciones sobre pruebas no constituyen propiamente ley sustancial, sino que las referentes al valor de cada uno de los medios probatorios implican en el derecho

contemporáneo una tercera categoría, o como dicen los expositores y la Corte (LXVI, 48), un puente entre el derecho sustancial y el procesal, ya que sirven como medio de penetrar en el proceso las normas materiales, sin que propiamente regulen las formas de los actos procesales del Juez o de las partes. Son, al decir de la exposición de motivos del Código Procesal Italiano, medios de comunicación entre el derecho sustancial y el procesal, o sean verdaderas instituciones bifrontes **que no pueden servir como base exclusiva para acusar en casación un fallo por la causal 1ª.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 30 de septiembre de 1957, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario instaurado por Lastenia Camelo Martínez, en nombre de su menor hija Stella o Estela Camelo, frente al Distrito Especial de Bogotá.

ANTECEDENTES

La indicada señora en el carácter mencionado demandó al Municipio de Bogotá para que se hicieran las siguientes declaraciones: a) Que la menor Stella o Estela Camelo, su hija natural, es también hija natural de Gerardo Sluter Glorius; b) Que se ordene la inscripción consiguiente en una de las Notarías de Bogotá, "y en la Parroquia católica que corresponda"; y c) Que la citada menor tiene derecho a presentarse a la sucesión del señor Gerardo Sluter que se sigue en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá y a ocupar el puesto que la ley le asigna a los hijos naturales; d) Que, en consecuencia, la referida menor tiene derecho a que se le adjudiquen todos los bienes dejados por el **de cujus**, con preferencia a cualquier otro heredero no consanguíneo y, por ende, al Muincipio de Bogotá quien no tiene derecho a heredar al citado señor; e) Que en virtud de todo lo anterior, el auto de 26 de abril de 1954 dictado por el Juzgado Quinto Civil del Circuito en la sucesión de Gerardo Sluter por el cual reconoce al Municipio de Bogotá como heredero del causante, "ha dejado de operar y queda sin eficacia jurídica ni procesal alguna".

Las afirmaciones pertinentes de la demanda son:

1. Gerardo Sluter G. tuvo relaciones amorosas con Lastenia Camelo, fruto de las cuales es la menor nombrada, quien nació el 30 de mayo de 1946.

2. Dichas relaciones revistieron el carácter de constantes, notorias y estables por varios años, casi hasta la muerte de Sluter, ocurrida en agosto de 1952.

3. Gerardo Sluter presentó a Stella o Estela Camelo a los vecinos y amigos como su hija, y le suministraba dinero a la madre para el alojamiento, vestuario y alimentación de ella y de la niña.

4. Los vecinos reputaron siempre a Sluter como padre de Stella y a ésta como hija de aquél, en virtud de ese trato que le prodigó.

5. En la sucesión de Sluter, quien falleció soltero y sin otorgar testamento, fue reconocido como heredro el Municipio de Bogotá, por no haberse presentado ningún consanguíneo que reclamase tal carácter.

El Municipio se opuso, y en el alegato de conclusión de la primera instancia propuso la excepción que denominó carencia del derecho y de la consiguiente acción. El Juzgado falló el asunto por sentencia de 13 de diciembre de 1955, en la cual declaró a Stella o Estela Camelo como hija natural de Gerardo Sluter Glorius, e hizo las demás declaraciones solicitadas en la demanda. Apelada por el demandado, el Tribunal la revocó, y en su lugar absolvió al Municipio de todos los cargos de la demanda, mas por descuido que reconoció en el auto que negó la aclaración pedida, condenó en las costas de la segunda instancia a la mencionada entidad, siendo así que como apelante había obtenido éxito en el recurso, y que según el artículo 576 del Código Judicial los Municipios no pueden ser condenados en costas.

Encuentra el fallador que la demanda versa sobre declaración de filación natural fundada en la existencia de relaciones sexuales estables entre la madre y el presunto padre de Stella Camelo, como también en la posesión notoria del estado de hija natural de ésta respecto a aquél; pero considera que la primera de las causales enunciadas no puede prosperar, porque los testimonios presentados además de no reunir los requisitos legales para ser admisibles, no versan sobre los puntos legalmente indispensables para acreditar

dicha situación. Y en cuanto a la segunda causal, igualmente la desecha en consideración a que las declaraciones aducidas no abarcacn un período de diez años, necesario según la ley, para configurar la prueba sobre tal estado civil a través de la posesión notoria.

El recurso.

Dos cargos fundados en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, se proponen por el recurrente, y se examinan por la Corte en el mismo orden en que aparecen en la demanda de casación.

Primer cargo.

Violación, por falta de aplicación, del artículo 4º, numeral 4º, de la Ley 45 de 1936, como consecuencia de error de hecho y de derecho en la apreciación de los testimonios de María Vanegas de Vargas, Carmen Camargo, Alicia Franco de Gómez, Emilia Vanegas Franco, Juan Arturo Luque, Carmen de Luque, Tulia Prieto y Eusebia Castillo todos los cuales, según el recurrente, declaran sobre hechos que establecen relaciones sexuales estables y notorias entre Lastenia Camelo Martínez y Gerardo Sluter, no obstante lo cual el Tribunal no les asignó la trascendencia que tienen.

Después de expresar que tales exposiciones reúnen los requisitos previstos en el artículo 688 del C. Judicial, manifiesta la demanda de casación:

"Si el H. Tribunal hubiera sopesado mejor los testimonios en referencia; si no hubiera hecho una crítica superficial de ellos, cuando tuvo en sus manos entrar más al fondo de lo que los testigos dijeron; si hubiera repasado las razones que cada uno de ellos dio sobre la forma como adquirieron el conocimiento de los hechos que narraban, el Tribunal habría sacado otra consecuencia jurídica de la prueba, y consecuencialmente, habría confirmado la sentencia de primera instancia y admitido la paternidad natural del señor Sluter para con la niña Stela. Como no lo hizo así, sino que, por el contrario, desechó esas razones de lo dicho y los antecedentes de tiempo, modo y lugar que los testigos enunciaron, el H. Tribunal interpretó mal la prueba, cometió el error de hecho respectivo, y el error de derecho correspondiente llevándose de calle el artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936, que era el que debía aceptar y declarar cumplido y probado en la demanda".

SE CONSIDERA:

El cargo no se acomoda a los principios legales que orientan el recurso extraordinario de casación, porque propone al tiempo en relación con la misma prueba los errores de hecho y de derecho, los cuales en principio no pueden aducirse simultáneamente, ya que si el sentenciador tuvo en cuenta el respectivo medio probatorio, no podía incurrir en error de hecho, y sólo podía caer en el de derecho, suponiendo que a los testimonios les hubiera desconocido el valor que la ley les reconoce.

Mas obrando con amplitud la Corte examina la acusación por el lado del error de derecho, pues los testigos sí fueron tenidos en cuenta por la sentencia acusada, advirtiendo que la amplitud la lleva hasta el extremo de interpretar que se ha señalado como disposición probatoria transgredida el artículo 688 del Código Judicial, que únicamente se menciona en la demanda de casación. Muchas veces se ha dicho que en los cargos por error de derecho es menester enunciar la norma probatoria violada, es decir, la violación medio, pues en tal tipo de error primero se hace impacto en tales disposiciones para llegar luégo a la infracción de preceptos sustanciales.

El Tribunal rechaza probatoriamente las deposiciones de las personas antedichas, así:

Las de Alicia Franco de Gómez, María Vanegas y Emilia Vanegas de Franco por no ser responsivas exactas y completas, y porque los testigos no expresan la razón de su dicho. La sentencia dice: "Bien puede afirmarse que las declarantes se limitan a responder o repetir la pregunta que se les formulaba, pues si se toma en consideración una cualquiera de las preguntas hechas y se enfrenta a la respuesta, no queda duda ninguna para concluír que la afirmación tiene sobrado fundamento". "En la forma como ellos fueron aportados en juicio y en la forma como se ratificaron, vinieron a violar el artículo 688 del Código Judicial, pues no explicaron cada una de las respuestas para demostrar así que decían la verdad con suficiente conocimiento de los hechos, como lo reza la última parte de dicha norma".

Las declaraciones de Carmen de Luque y Juan Arturo Luque, después de destacar que son idénticas en los términos en que están concebidas, para el Tribunal apenas demuestran el nacimiento de la menor en el año de 1946, pero "en cuanto a las relaciones sexuales, notorias y estables existentes entre la Camelo y Sluter, para nada sir-

ven, pues sobre el particular nada dicen los declarantes". Además, anota el fallador de instancia que varios puntos de tales testimonios se basan en lo que los testigos oyeron decir, por lo cual no tienen fuerza sobre los hechos mismos.

La declaración de Tulia Prieto para la sentencia acusada ofrece mayores motivos de credibilidad, pero no la admite por la imprecisión en ciertos apartes, los cuales inducen a confusión y se contradicen con los testimonios de los Luques, razón por la cual tal pieza expresa: "De modo que la declaración de la señora Prieto no prueba nada para las relaciones sexuales, notorias y estables habidas entre Gerardo Sluter y Lastenia Camelo Martínez durante el tiempo exigido en el artículo 4º y menos aún que de ellas haya nacido la menor Stella o Estela".

Por último, el testimonio de Eusebia Castillo, si bien no lo mencionó la sentencia en la parte relativa a las relaciones sexuales estables, sino en la referente a la posesión notoria de estado civil, carece de incidencia en la primera de dichas causales de filiación natural, pues versa sobre hechos acaecidos de 1949 a 1954, o sea con posterioridad al nacimiento de Estela quien vino al mundo en 1946.

Para que la causal de declaración de filiación natural prevista en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 prospere, es necesario que se pruebe plenamente que entre el presunto padre y la madre existieron relaciones sexuales estables, y que ellas tuvieron lugar en la época en que la ley presume la concepción del hijo, es decir, que éste nació después de los ciento ochenta días contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquél en que finalizaron.

Si bien es cierto que en el presente caso los testigos no tienen por qué declarar sobre las relaciones mismas, que por su naturaleza son actos íntimos y ocultos, sí deben deponer sobre hechos de los cuales se pueda deducir la existencia de ellas con las características de estabilidad y notoriedad. La Corte ha dicho: "Las relaciones sexuales, estables y notorias de que trata el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, no requieren una prueba directa, es decir, no es necesario que los testigos declaren haber asistido a la realización de los hechos constitutivos de tales relaciones. Pero las declaraciones sí deben versar sobre hechos indicadores de tales relaciones, realizados en la época señalada en la mencionada disposición legal. Los testimonios relativos a hechos posteriores al nacimiento, pueden servir sólo como medios corroborantes. La disposición de que se trata establece una presunción, para que obre la cual es necesario que aparezcan plenamente comprobados los hechos en que se funda" (G. J., número 2.151, página 693). Y en otra ocasión expuso: "Para que se pueda hacer la declaración judicial de paternidad natural con base en la existencia de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre, no basta que se aleguen como pruebas los dichos de personas que apenas declaran que conocieron la existencia de tales relaciones, si no afirman hechos concretos de los que se deduzca de modo evidente la existencia, la continuidad y la notoriedad de las mismas" (G. J. número 2.154, Pág. 299).

Es cierto que las declaraciones de dos testigos, siempre que sean uniformes, en cuanto a los hechos y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley (Código Judicial, art. 697); pero también es evidente que para poder ser atendidos los testimonios que se rindan en tales condiciones, deben reunir determinados requisitos legales. Estos, además del rito y la oportunidad, son primordialmente: que sea el mismo testigo quien expone todo cuanto sabe sobre el punto de que trata (Código Judicial Art. 687); que el testimonio sea responsivo, exacto y completo; que el testigo exponga la manera precisa y distinta como ha sabido los hechos de que tiene noticia, y que el testigo no se limite a decir que es cierto el contenido de la pregunta, sino que explique cada respuesta a fin de demostrar cómo tuvo suficiente conocimiento de los hechos sobre que depone (artículo 688). Además, el valor probatorio difiere según que el testigo haga conocido los hechos por propia y directa percepción, o por haberlos cído a otros, o cuando el contenido de su exposición versa exclusivamente sobre palabras (artículos 697, 698 y 699). Por último, no hace fé el dicho de un testigo que se contradice notablemente en una o varias declaraciones en cuanto al hecho mismo o sus circunstancias importantes, ni tampoco tiene valor el testimonio producido por soborno o cohecho (artículo 701).

Así las cosas, se anota que las declaraciones de Alicia Franco de Gómez, Emilia Vanegas de Franco y María Vanegas tienen los defectos formales que señala el Tribunal, pues se limitan a decir, repitiendo casi literalmente el texto de la pregunta: que por conocimiento personal y directo

les consta que Gerardo Sluter tuvo relaciones amorosas con Lastenia Camelo desde el mes de julio de 1945 hasta pocos días antes de morir, en agosto de 1952; que de igual manera les consta que como consecuencia de tales relaciones Lastenia quedó encinta, habiendo nacido una niña el 30 de mayo de 1946 en la casa 21-07 de la calle 1ª C. de esta ciudad, a la cual los padres le pusieron el nombre de Estela; que dichas relaciones fueron mantenidas en forma estable y notoria, y que Sluter salía a la calle con frecuencia con Lastenia llevando a la niña.

Es decir, que los testigos no dan la razón de su dicho, ni explican cómo tuvieron la percepción directa del contenido de sus afirmaciones, ni relatan hechos de los cuales se deduzcan las conclusiones que extraen respecto a las relaciones mencionadas. En suma, no son responsivos, exactos y completos.

Juan Arturo Luque y Carmen de Luque dicen que arrendaron una pieza en la casa 21-07 de la calle 1ª C. de esta ciudad a Lastenia Camelo Martínez "por ahí en el año de 1945"; que dicha señora resultó embarazada y en 1946 dio a luz una niña habiéndola asistido en el parto una enfermera buscada por Lastenia, y que oyeron que el padre de esa niña era un señor alemán de nombre Gerardo Sluter, lo que también les relató la propia Lastenia.

Es obvio que tales declarantes tampoco deponen sobre hechos constitutivos de relaciones sexuales estables y notorias entre la Camelo y Sluter, ni mucho menos sobre que ellas hubieran existido para la época que en estos casos la ley ordena precisar.

En síntesis: ni con base en tales testimonios, ni con el de Carmen Camargo, quien se limita a decir a este respecto que la Camelo y Sluter habitaban en la calle 18 número 3-40, o sea en casa diferente a aquélla a que se refieren los Luques; que cultivaban mucha amistad entre sí, y que la niña Estela era tratada cariñosamente por el último, se podía configurar la prueba sobre las relaciones mencionadas en la demanda, fuera de que la declaración de tal señora adolece de los defectos formales que el Tribunal apunta. En otros términos: dichos testimonios no reúnen los requisitos que la ley exige para ser tenidos en consideración, y no versan sobre hechos de los cuales se deduzca la causal invocada por el actor.

Para terminar la Corte recuerda que no es admisible en casación examinar en conjunto las pruebas, como lo pide el recurrente, pues esta labor es propia de instancia. La Corte ha manifestado: "No armoniza con la naturaleza y objeto del recurso extraordinario de casación esta manera de acusación con el planteamiento global del problema probatorio del pleito en solicitud de una convicción judicial diferente sobre la cuestión controvertida. En las instancias o grados que generalmente tienen los juicios es donde se debaten y resuelven las cuestiones propuestas en la demanda. En el recurso de casación se juzga la sentencia en relación con los cargos de infracción de la ley sustantiva o quebranto de las normas esenciales del procedimiento, pero no se trae la totalidad de los problemas debatidos para que a la luz de un nuevo estudio probatorio se pueda sustituír arbitrariamente el juicio del Tribunal en la formación de su convencimiento. A la Corte en función de casación no le corresponde balancear las pruebas y las contrapruebas del litigio para deducir la verdad de los hechos contestados, que es la misión exclusiva de los sentenciadores de instancia. En casación no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho o de derecho cometido por el Tribunal en su apreciación, como medio conducente de violación de ley sustantiva y en presencia de cada cargo concreto" (G. J. Tomo LI, Pág. 211).

Por lo expuesto, no resulta el error de derecho alegado y el cargo carece de fundamento.

Segundo cargo.

Violación de los artículos 665, 688 y 697 del Código Judicial, pues no obstante que las declaraciones referidas y las de Alfonso Salazar y Leopoldina Prada, reúnen los requisitos de ley, no fueron atendidas por el sentenciador.

SE CONSIDERA:

Conforme al artículo 520 del Código Judicial, la primera causal de casación descansa en violación de ley sustantiva, o sustancial. Se entiende en forma elemental por ley sustancial la que establece o reconoce derechos privados y por ley procesal, la que regula las formas para hacerlos efectivos. Las disposiciones sobre pruebas no constituyen propiamente ley sustancial, sino que las referentes al valor de cada uno de los medios probatorios implican en el derecho contemporáneo una tercera categoría, o como dicen los expositores y la Corte (LXVI, 48), un puente entre el derecho sustancial y el procesal, ya que sirven como medio de

penetrar en el proceso las normas materiales, sin que propiamente regulen las formas de los actos procesales del Juez o de las partes. Son, al decir de la exposición de motivos del Código Procesal Italiano, medios de comunicación entre el derecho sustancial y el procesal, o sean verdaderas instituciones bifrontes que no pueden servir como base exclusiva para acusar en casación un fallo por la causal 1ª.

Por esta causa la Corte expresa: "Las disposiciones del mismo Código (se refiere al Código Judicial)... como las referentes a pruebas, tampoco por sí solas pueden dar base para casar una sentencia, sino que es preciso que de la infracción de una de esas disposiciones, resulte infringida otra norma sustantiva que, o no tuvo operancia o se aplicó o interpretó mal, precisamente por no haberse aplicado o haberse aplicado erróneamente una disposición del Código Judicial. Cuando sólo se cita como violada la disposición del Código Judicial, pero sin hacer referencia a la otra norma sustantiva, que queda desconocida por esa violación, el cargo resulta incompleto, y entonces no puede prosperar..." (LVI, 319).

Por lo dicho se desecha el cargo.

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

Las costas del recurso, de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

NO ES PERTINENTE INVOCAR LA CAUSAL 2ª DE CASACION CONTRA FALLO TOTALMENTE ABSOLUTORIO. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 472 DEL CODIGO JUDICIAL. — EL SECUESTRE ES UN DEPOSITARIO CUYA OBLIGACION EMANA NO DE UN CONTRATO DE DEPOSITO, SINO DEL HECHO DE ACEPTAR EL CARGO Y DE HABER RECIBIDO REAL Y MATERIALMENTE LOS BIENES DEPOSITADOS. — FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LOS SECUESTRES. — REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCION DE RESTITUCION DE BIENES HERENCIALES. — CUANDO LA DEMANDA ADOLECE DE OSCURIDAD O DE VAGUEDAD EN SUS TERMINOS, COMPETE AL FALLADOR INTERPRETARLA, SIEMPRE Y CUANDO NO ALTERE LOS LIMITES DEL LIBELO.—INCURRE EN ERROR DE HECHO EL TRIBUNAL QUE PASE POR ALTO LA PRUEBA DE LA CONFESION JUDICIAL HECHA EN POSICIONES POR CUALQUIERA DE LAS PARTES, PORQUE DESCONOCE LA REALIDAD DE UN HECHO PROCESAL DEBIDAMENTE ESTABLECIDO EN LOS AUTOS

1.—Cuando el fallo es absolutorio, improcedente resulta su impugnación por la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, ya que en un fallo de esta naturaleza quedan resueltos los extremos de la litis y todas las cuestiones controvertidas, no pudiéndose en consecuencia, decir con fundamento que la sentencia recurrida adolezca de incongruencia.

2.—El objeto de los procedimientos judiciales, es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, como al efecto lo prescribe el Art. 472 del C. Judicial que en el fondo fija el criterio, como deben proceder en sus fallos los funcionarios del órgano jurisdiccional del poder público, para que resulte eficaz la misión que les ha sido encomendada.

3.—El secuestre, como es sabido, a términos del artículo 2.273 del Código Civil, es un depositario cuya obligación emana no de un contrato de depósito, sino del hecho de aceptar el cargo y de haber recibido real y materialmente los bienes depositados. En cuanto a sus facultades ellas se hallan debidamente determinadas en el Código Civil y en lo que dice relación a sus obligaciones le corresponde, entre otras, según lo prescribe el artículo 2.279 ibídem, dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario.

4. — Ciertamente, el numeral 3º del artículo 1.395 del Código Civil, consagra el derecho que tienen los herederos a los frutos y accesiones de la masa hereditaria, pero al propio tiempo dice que tales frutos se deberán a prorrata de las respectivas cuotas hereditarias, lo cual indica que para la procedencia de una acción sobre restitución de frutos en tal evento, es preciso que quien los demande compruebe debidamente la cuota hereditaria que le ha correspondido en la respectiva partición.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Jeremías, Salustiano, Manuel y María Helena Baquero C., por medio de apoderado demandaron a los menores Antonio Baquero y otros, representados por su madre señora Rita Díaz de Baquero, para que previos los trámites de un juicio civil ordinario de mayor cuantía se condenara a los demandados a pagar a los demandantes solidariamente las siguientes prestaciones:

"Primero. El valor de los frutos naturales y civiles de los terrenos "El Sausal" y "'Santa Lucía", ubicados en la vereda de San Miguel, del Municipio de Arbeláez alindados en la forma que se expresa en la demanda;

"Segundo. Que los demandados solidariamente deben pagar a los demandantes además de los frutos especificados en esta demanda, el valor de los perjuicios que les causaron y les han causado según se desprende de los hechos de esta demanda,

junto con las costas del juicio y valor de sementeras y cosechas".

Las afirmaciones de la demanda son en resumen las siguientes:

a) Los demandantes son herederos de Buenaventura Baquero, en su condición de hijos legítimos de éste, quien falleció el 30 de julio de 1949, dejando como bienes los terrenos, plantaciones y cultivos a que se hace referencia en la parte petitoria de esta demanda.

b) Los demandados representados por Rita Díaz, se apoderaron de los manejos de los bienes relictos y no sólo usufructuaron, sino que dispusieron de los pastos y sementeras que quedaron enumerados, y que existían en las fincas de propiedad del causante.

c) Que de dichos frutos, corresponde la mitad de ellos a los demandantes, o sea en la proporción determinada en las normas sobre régimen sucesoral. Finalmente, como hecho sexto de la demanda se afirma el siguiente:

"La señora Rita Díaz por sí y obrando como madre de los menores demandados ejecutó todos los actos de ocupación, usufructo y disposición de dichos bienes y por lo mismo responde en sus calidades demandadas".

Corrido el traslado del libelo, los demandados lo contestaron por medio de apoderado, negando los hechos fundamentales en él contenidos y agotado el trámite de primera instancia, el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, mediante sentencia de fecha 6 de noviembre de 1956, falló la litis, absolviendo a los demandados de los cargos de la demanda y condenando a la parte demandante al pago de las costas del juicio.

La parte vencida interpuso el recurso de apelación ante el Tribunal, el cual por sentencia de fecha 9 de abril de 1958, confirmó la de primer grado, condenando en las costas del recurso al apelante, quien interpuso recurso extraordinario de casación, el cual procede a resolverse mediante las siguientes consideraciones:

LA DEMANDA

Acogiéndose el recurrente a las causales establecidas en los numerales primero y segundo del artículo 520 del Código Judicial, acusa la sentencia del Tribunal por violación directa, aplicación indebida o interpretación errónea de la ley sustantiva citándose al efecto como infringidos los artículos 593, 471, 472, 632, 604, 606, 697 y 721 del Código Judicial, artículos 1.757, 1.758 1.769 y numeral 3º del artículo 1.395 del Código Civil y finalmente los artículos 2.328 2.326, 1.626 y 1.634 ibídem. Al propio tiempo y en el mismo cargo se impugna el fallo por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

En desarrollo de su impugnación dice en resumen el recurrente, que la sentencia recurrida negó las súplicas impetradas en el libelo y condenó en costas al actor, basándose en que el secuestro de los bienes relictos se llevó a cabo el día 29 de abril de 1953 y que por tal motivo no eran los demandados los llamados a responder de los frutos que se demandan, sino el secuestre, no obstante haberse probado con la confesión judicial de la propia demandada que con anterioridad a dicha diligencia de secuestro y desde la fecha de la muerte del causante, es la demandada, quien como madre legítima de los menores demandados que son también herederos del causante Buenaventura Baquero, es la persona que ha venido percibiendo los frutos y disponiendo de los productos de las fincas que se relacionaron en la demanda, sin haber entregado al resto de los herederos la parte que de dichos frutos les corresponden en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias. La referida confesión judicial hecha por la demandada, dice el recurrente, fue una de las pruebas que no tuvo en cuenta el sentenciador para proferir su resolución incidiendo así en manifiesto error de hecho que se tradujo en infracción de la ley sustantiva.

La Corte considera:

Según los términos en que está concebida la acusación el cargo consta de dos aspectos, a saber:

Violación de las normas sustantivas ya citadas por los conceptos expuestos por el recurrente en su demanda; y, falta de consonancia entre lo resuelto por el Tribunal y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Siguiendo el orden lógico se considerará en primer término el segundo de los mencionados aspectos. Sobre el particular la Corte observa:

Según lo dicho anteriormente, la sentencia materia del presente recurso confirmó en todas sus partes la de primer grado en la cual se absolvió a los demandados de todos los cargos formulados en la demanda. Cuando el fallo es absolutorio, como ocurrió en el caso de autos, improcedente resulta su impugnación por la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, ya que en un fallo de esta naturaleza quedan resueltos los extremos de la litis y todas las cuestiones controvertidas, no pudiéndose en consecuencia, decir con fundamento que la sentencia recurrida adolezca de in-

congruencia. Así lo ha dicho reiteradamente la Corte en sus fallos. En consecuencia de lo expuesto, por este aspecto la acusación no está llamada a prosperar.

En cuanto a la segunda faz del cargo que se examina, o sea, a la infracción de la ley sustantiva en que incidió el sentenciador por la no apreciación de las pruebas a que alude el recurrente, especialmente la relativa a la confesión judicial de la demandada, la Corte considera conveniente para mejor inteligencia del cargo destacar sumariamente los siguientes hechos procesales:

El causante Buenaventura Baquero falleció el 30 de julio de 1949, su causa mortuoria se declaró abierta por auto del Juzgado del Circuitio de Fusagasugá, de fecha 26 de septiembre de 1949, como lo acredita la copia debidamente autenticada de esta providencia que adujo el actor con la presentación de su demanda. En la misma providencia fueron reconocidos como herederos del nombrado causante a Manuel, María, Helena, Leonor, María Ernestina Carrillo o Cogua y al demandante Jeremías Baquero.

Posteriormente, y por autos de fechas 16 de noviembre y 12 de diciembre de 1949, se reconoció a Rita Díaz de Baquero su carácter de cónyuge sobreviviente del causante Buenaventura Baquero y a Salustiano Baquero como heredero del mismo. Con los expresados documentos se comprobó la personería de las partes comprometidas en este litigio y así hubieron de reconocerlo los Jueces de fondo en sus respectivos fallos de instancia.

Consta además en los autos, que el día 29 de abril de 1953, se llevó a cabo a petición de algunos herederos la diligencia de secuestro de los bienes relictos, los cuales le fueron entregados real y materialmente al secuestre doctor Luis F. Rojas Delgado y tal hecho no sólo consta en el acta cuya copia auténtica se acompañó, sino en declaración judicial que posteriormente y durante la secuela del juicio hizo el propio secuestre, quien afirmó que parte de los bienes que le fueron depositados los dio en calidad de arrendamiento a las personas mencionadas en su declaración.

Así las cosas, en el sucesorio de Buenaventura Baquero existen dos etapas o dos situaciones diferentes, relacionadas con las personas que deben responder de los frutos sucesorales, cuyo valor ha sido demandado por medio del presente juicio. La primera etapa comprende desde la fecha de la muerte del causante, o sea desde el día 30 de julio de 1949 hasta la fecha en que tuvo lugar la diligencia de secuestro; y la segunda, desde la fecha de tal diligencia en adelante.

Pero el sentenciador no hizo distingo alguno sobre la existencia de aquellas etapas, quizá debido a los términos vagos del libelo, en cuyas súplicas se pidió en términos muy generales, que los demandados fueran condenados a pagar el valor de los frutos naturales y civiles pertenecientes a la sucesión ya citada, sin especificar fecha alguna, pero es obvio, que la intención de la demanda se refiere a los frutos comprendidos desde la fecha de la defunción del causante, hasta cuando fueron judicialmente depositados los bienes sucesorales en la persona del depositario doctor Rojas Delgado y es así como debe interpretarse la demanda, si se tienen en cuenta no sólo los hechos que se invocaron para sustentarla, sino la finalidad de las pruebas que al efecto aportó a los autos la parte demandante. Esta interpretación, desde luego, ha podido hacerla el sentenciador y era el caso de realizarla por la incidencia que estaba llamada a tener en la solución del problema litigioso y porque cuando una demanda, como la presentada en el presente juicio adolece de oscuridad o de vaguedad en sus términos, compete al fallador interpretarla, siempre y cuando no altere los límites del libelo.

Pero el yerro del Tribunal no radica propiamente en el caso de autos, en haber prescindido de interpretar adecuadamente el libelo a fin de poderle dar una solución conforme a derecho al problema planteado, ya que el objeto de los procedimientos judiciales, es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, como al efecto lo prescribe el artículo 472 del Código Judicial que en el fondo fija el criterio, como deben proceder en sus fallos los funcionarios del órgano jurisdiccional del poder público para que resulte eficaz la misión que les ha sido encomendada.

El error en que incidió el Tribunal y del cual se queja con razón el recurrente, consiste en que el sentenciador no hizo como era su deber, la correspondiente calificación de los elementos probatorios aportados al juicio por el actor, sino que hubo de concretarse al examen y valoración probatoria de la diligencia de secuestro de bienes y enfocó unilateralmente desde ese punto de vista la cuestión controvertida. Entre las pruebas que omitió apreciar el Tribunal cita especialmente el recurrente la confesión hecha por la demandada al absolver posiciones. Como tal confesión por la trascendencia procesal y jurídica de las declaraciones que allí se hicieron tiene excepcional impor-

tancia en este debate, se destacará lo pertinente de aquélla y a ello se procede.

En efecto: Al folio 11 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, obra la diligencia de absolución de posiciones, que dice así:

"Hoy diez y ocho de mayo de mil novecientos cincuenta y seis, presente en el despacho del Juzgado Municipal la señora Rita Díaz viuda de Baquero le notifiqué personalmente el auto de fecha doce de los corrientes y le hice las advertencias en él ordenadas. Impuesta manifiesta que renuncia al término y procede a absolver el pliego de posiciones que al presente despacho se acompaña; y al efecto se procedió a abrir el pliego de posiciones y efectuar la diligencia así: Primera: Es verdad, sí o nó, que la absolvente desde que murió su esposo señor Buenaventura Baquero quedó al frente, manejando y usufructuando todos los bienes aportados por su esposo a su matrimonio con usted y los adquiridos durante éste? Contestó: No es cierto, quedaron dos fincas y yo quedé manejando la finca de Santa Lucía y la otra finca la manejan los herederos de la primera esposa de mi marido". Leída la aprobó. Segunda: "'Es verdad, sí o nó, que la absolvente desde entonces hasta el presente año ha percibido todos los productos y frutos de esos bienes? Contestó: De la finca que manejo, o sea la de Santa Lucía,, sí he percibido todos los productos y frutos". Segunda b) Ha dispuesto de su valor? Contestó: Sí he dispuesto del valor de los productos y frutos de la finca Santa Lucía. Leída la aprobó. Segunda c). Sin que le hubiera entregado a los hijos del mismo señor Baquero, legítimos de su primer matrimonio valor alguno de los mismos". Contestó: Sí es cierto, que yo no le he entregado a los hijos de Baquero del primer matrimonio, valor ninguno de esos frutos Santa Lucía. Leída la aprobó. Tercera: ¿Es cierto sí o nó, que la absolvente denunció esos bienes y son los mismos que se hallan especificados en el inventario que se practicó ante el señor Juez Civil del Circuito de Fusagasugá en el juicio de sucesión de su mencionado esposo? Contestó: Sí es cierto. Leída la aprobó. Cuarta: ¿Es cierto, sí o nó, que cuando su esposo murió quedaron sementeras de caña, café, plátano y árboles frutales, casa, pesebrera, una manga cercada y otras mejoras en el terreno de "La Cajita", antiguo Santa Lucía y potrero cercado en el terreno de la parte alta o parte de "El Sauzal" con muy buenos pastos, agua y regadíos lo mismo que el que aparece comprado por la absolvente durante su dicho matrimonio? Contestó: Sí es cierto. Leída la aprobó". Quinta: a) ¿Es cierto sí o nó, que no obstante el secuestro de dichos bienes practicados por orden del Juzgado conocen (sic) de dicho juicio de sucesión de su esposo la absolvente ha continuado frente a dichos bienes, explotándolos y percibiendo sus frutos hasta el presente año? Contestó: Sí es cierto que he explotado la finca de Santa Lucía, pero pagando arriendo al doctor Rojas Delgado, quien es el secuestre". Leída la aprobó. Quinta: b) Y sin dar participación alguna a los señores Baquero hijos del mismo causante en su primer matrimonio. Contestó: Sí es cierto. Leída la aprobó. Sexta: Es verdad, que la absolvente debe a los hijos del primer matrimonio del causante, su esposo mencionado, la cuota de dichos frutos proporcional a sus respectivos derechos en la sucesión de su padre conforme a la ley? Contestó: Es cierto que de la finca que manejo yo no le he dado nada a los hijos del primer matrimonio de mi esposo". Leída la aprobó. Séptima: ¿Es verdad, sí o nó, que la absolvente se hizo pagar de Marco E. León Molina, una letra por ciento novena y cinco pesos ($ 195.00) y sus intereses, lo cual no hizo figurar en dicho inventario y retiene en su poder también? Contestó: Sí es cierto que recibí de Marco E. León Molina el valor de una letra, pero me parece que fueron ciento ochenta pesos ($ 180.00) y no los hice figurar en el inventario y con ese dinero pagué unas misas a mi esposo". Leída la aprobó".

De la confesión judicial anteriormente transcrita se infiere con toda certeza que desde la fecha de la muerte del causante Buenaventura Baquero, la demandada Rita Díaz viuda de Baquero en su carácter ya expresado, percibió los frutos y dispuso de los productos de la finca de "Santa Lucía" perteneciente a la sucesión ya citada, sin darle participación alguna de ellos a los demás herederos del causante. Y aunque existen sobre el particular en el expediente otras pruebas que conducen al establecimiento del mismo hecho, la sola confesión judicial a que se ha hecho mención es suficiente para concluír que la demandada es la persona que debe responder al demandante por el valor de los frutos a los que tiene derecho en proporción a su cuota hereditaria. Desde luego, como ya se dijo, la responsabilidad de la demandada se extiende desde la fecha de la muerte del causante hasta que se llevó a cabo el depósito judicial de los bienes sucesorales, pues a partir de tal día es el secuestre, quien tiene la responsabilidad de todos los frutos. El secuestre, como es sabido, a términos del artículo 2.273 del Código

Civil, es un depositario cuya obligación emana no de un contrato de depósito, sino del hecho de aceptar el cargo y de haber recibido real y materialmente los bienes depositados. En cuanto a sus facultades ellas se hallan debidamente determinadas en el Código Civil y en lo que dice relación a sus obligaciones le corresponde, entre otras, según lo prescribe el artículo 2.279 ibídem, dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario.

Al pasar por alto el Tribunal la prueba de la confesión judicial que hizo la demandada, desconoció la realidad de un hecho procesal debidamente establecido en los autos, lo cual como es sabido, configura lo que en la técnica de este recurso se llama error de hecho, que en el caso sub-judice es manifiesto y salta a la vista. Como consecuencia de dicho error quebrantó el sentenciador el artículo 606 del Código Judicial que señala el mérito probatorio de la confesión judicial y por ende el artículo 1.395 del Código Civil en su numeral 3º, por todo lo cual deberá infirmarse la sentencia recurrida, pero en la resolución que compete dictar a la Corte como tribunal de instancia, no podrá accederse a la intención de la demanda por las razones que en seguida se expresan.

Es verdad que la demandada confesó judicialmente haber percibido los frutos de la finca Santa Lucía y haber dispuesto de sus productos sin dar participación a los demás herederos, pero de aquella confesión no aparece la suma de dinero que en concreto le adeude por concepto de frutos a la parte demandante, así como tampoco consta en el proceso que la demandada haya rendido judicial o extrajudicialmente cuenta alguna de su administración que permita deducir exactamente el saldo que adeuda por concepto de frutos a los herederos y mediando tal circunstancia es obvio que la demanda resulta por este aspecto extemporánea.

Además, ciertamente el numeral 3º del artículo 1.395 del Código Civil, a que alude el recurrente, y en el cual ha basado especialmente su demanda el actor del juicio, consagra el derecho que tienen los herederos a los frutos y accesiones de la masa hereditaria, pero al propio tiempo dice que tales frutos se deberán a prorrata de las respectivas cuotas hereditarias, eso hace ver que para la procedencia de una acción sobre restitución de frutos, como la incoada en el presente juicio, es preciso que quien los demande compruebe debidamente la cuota hereditaria que le ha correspondido en la respectiva partición, y este extremo no aparece en forma alguna acreditado en el caso sub-lite. Lo expuesto anteriormente, lleva a la conclusión de que existen en el presente caso justificados los hechos que constituyen la excepción de petición antes de tiempo, la cual fue alegada por la parte demandada al descorrer el traslado de la demanda y habrá de declarar probada la Corte en su fallo de instancia. No hay lugar a considerar los otros cargos. (Artículo 538 C. J.).

RESOLUCION:

En mérito de las consideraciones anteriormente 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, CASA la sentencia de fecha nueve (9) de abril de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario iniciado por Jeremías Baquero C. y otros contra Rita Díaz viuda de Baquero y otros, REVOCA la dictada en el mismo juicio con fecha seis (6) de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956) por el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasuá, y en su lugar,

RESUELVE:

Primero. Declarar probada la excepción de petición antes de tiempo.

Segundo. Las costas de la primera instancia son a cargo de la parte demandante, no hay lugar a costas en la segunda instancia ni en el presente recurso.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

CONTRA SENTENCIA TOTALMENTE ABSOLUTORIA NO PROCEDE LA CAUSAL 2ª DE CASACION. — EL EFECTO VINCULATORIO ENTRE LAS PARTES DEL FALLO EN JUICIO DE DIVISION MATERIAL DE BIENES SUCESORIOS LEGITIMA EN LA CAUSA AL ADJUDICATARIO PARA REIVINDICAR CONTRA OTRO ADJUDICATARIO POSEEDOR, QUIEN NO PUEDE OPONERLE ADJUDICACION EN UN SEGUNDO JUICIO SUCESORIO DEL MISMO CAUSANTE EN QUE EL REIVINDICADOR NO FUE PARTE

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, doce (12) de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

ANTECEDENTES

Aparece que por escritura pública 233 otorgada en la Notaría de Girardot el 25 de mayo de 1938 JACINTO ARTEAGA recibió en venta de Manuel F. Cardoso derechos y acciones vinculados a sus posesiones en el globo de terreno denominado Guaco y San Lorenzo en el mismo Municipio de Girardot y por los linderos que allí se expresan. "Quedan también comprendidos —dice la escritura— los ganados y toda clase de semovientes, las cercas, los edificios, mejoras, anexidades y dependencias que se hallan en las posesiones que se dejan determinadas".

La sucesión intestada del comprador Jacinto Arteaga se declaró abierta en el Juzgado Civil del Circuito de Girardot por auto del 17 de agosto de 1942 a iniciativa de Florencia Arteaga Montealegre a quien el mismo proveído reconoce el carácter de heredero como hijo legítimo del de cujus. En el curso del juicio y con fecha 4 de noviembre de 1942 se hizo parte Abelardo Bermúdez a título de cesionario de los derechos de Vicente Emilio Arteaga Bonilla como hijo legítimo de Jacinto Arteaga en su matrimonio con Betsabé Bonilla. Hecha ad valorem la partición entre los adjudicatarios Aristóbulo Santacruz (como cesionario de Florencia y de Dominga Arteaga), María Aurora Arteaga (quien después cedió sus derechos al citado Santacruz), Florencio Arteaga, y Abelardo Bermúdez (como cesionario de Vicente Emilio Arteaga), el juicio vino a quedar protocolizado en la Notaría de Girardot por escritura 381 de 26 de marzo de 1951, previo registro de la partición con fecha 14 de los mismos mes y año.

Tal fue la base del juicio divisorio adelantado por Aristóbulo Santacruz y los otros adjudicatarios contra Abelardo Bermúdez quien ha estado en posesión de la "totalidad de los bienes de la comunidad". El trabajo de partición material adjudicó a Aristóbulo Santacruz los lotes D y E; a María Aurora Arteaga el lote C.; a Florencio Arteaga el lote A., y a Abelardo Bermúdez el lote B. Este último partícipe hizo objeciones obedientes a la pretensión de que por pertenecerle exclusivamente la totalidad de esos terrenos no había masa partible como subrogatario reconocido por auto de fecha 25 de marzo de 1947 en los derechos de Vicente Emilio Arteaga Bonilla con calidad de heredero único en otro juicio de sucesión de Jacinto Arteaga conjuntamente esta segunda vez con Betsabé Bonilla, que por impulso del propio Abelardo Bermúdez adelantó el mismo Juzgado de Girardot hasta concluír con la adjudicación total de esas tierras al postulante en el lugar de quien allí figura como heredero único de los causantes, sin que los otros interesados alcanzaran a intervenir como partes de ese proceso protocolizado por escritura de 14 de enero de 1950, número 42, Notaría de Girardot. Alegó también al objetar que los terrenos fueron de pertenencia de Betsabé Bonilla y no de Jacinto Arteaga.

Por sentencia del 15 de enero de 1953 el Juez del conocimiento dijo así:

"Declárase infundadas las objeciones formuladas por el demandado Abelardo Bermúdez al trabajo de partición material verificado en este juicio. Consecuencialmente, APRUEBASE la referida partición.

"Tanto esta sentencia como el trabajo de partición inscribánse en el libro respectivo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Pri-

vados de este Circuito, lugar de ubicación de los bienes partidos, para cuya inscripción se remitirá el expediente a la citada oficina. Cumplido el requisito del registro, protocolícese el expediente en la Notaría de esta misma ciudad.

"Las costas del incidente de objeciones son de cargo del demandado".

Se alzó Bermúdez y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá pronunció sentencia confirmatoria de segundo grado el 6 de abril de 1953. Bermúdez interpuso entonces el recurso extraordinario y esta Suprema Corte con fecha 18 de agosto de 1954 no casó el fallo con lo que obtuvo fimeza definitiva la partición material efectuada en el juicio divisorio de Aristóbulo Santacruz y otros contra Abelardo Bermúdez.

EL PRESENTE LITIGIO

No obstante la nebulosidad de sus términos la intención de la demanda inicial se dirige a reivindicar de Abelardo Bermúdez para Aristóbulo Santacruz, los lotes C, D. y E. de aquella partición material, y para Florencio Arteaga el lote A., según el juicio divosorio protocolizado en la Notaría de Girardot por escritura 508 de 10 de mayo de 1955. A ese mismo fin restitutorio los actores suplican la declaración de nulidad de la adjudicación hecha a Bermúdez en el juicio doble sucesorio de Jacinto Arteaga y Betsabé Bonilla. En subsidio de todo lo cual demandan indemnización de perjuicios.

Se cumplieron los trámites de primera instancia hasta concluír en el fallo de 22 de marzo de 1957 que declara probada la excepción temporal de inepta demanda sustantiva, "consistente —dice el Juez— en haberse seguido para la entrega del inmueble que se pretende, un procedimiento distinto del ordenado por la ley, y haberse acumulado indebidamente acciones que no podían serlo". Impuso las costas a la parte demandante.

Ambas partes apelaron y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 28 de agosto de 1958 decidió:

"1º Revocar la sentencia recurrida.

"2º Absolver de los cargos de la demanda al demandado.

"3º Condenar en las costas de primera y segunda instancia a los demandantes".

Y ha llegado ahora la oportunidad de resolver sobre el recurso de casación que los actores han interpuesto.

LA SENTENCIA ACUSADA

Analiza el libelo para desentrañar su verdadera inteligencia y dice:

"Como se ve, la demanda no es propiamente un modelo por su claridad, forma y precisión, sino todo lo contrario, confusa e indicante de falta de precisión en la elección de la acción que corresponde ejercer a los actores en busca de protección para sus derechos; pero usando de la facultad de interpretación que tiene el Juez, pudo concluírse que las acciones principales intentadas son las de nulidad de la partición o adjudicación de los bienes en la sucesión doble e intestada de Jacinto Arteaga y Betsabé Bonilla, y la de dominio o reivindicatoria para lograr la restitución de los bienes que se afirma son de propiedad de los actores y de los cuales se encuentra en posesión el demandado, acciones que deben estudiarse en este orden por razones lógicas".

Cuanto a la acción de nulidad el sentenciador se detiene en varias lucubraciones sobre lo que es la de los juicios y la de las sentencias; acerca de lo injurídico y anómalo de adelantar dos veces la sucesión de una misma persona sin que ello por lo demás alcance a viciar las adjudicaciones; en punto de que no hay texto que permita revisar por vía ordinaria la sentencia aprobatoria de la partición, y otros temas concomitantes. Y sobre la base de que el libelo suplica la nulidad de la adjudicación de bienes en el segundo juicio sucesorio de Jacinto Arteaga y Betsabé Bonilla, le niega titularidad a los actores por no haber sido partes en ese proceso y por cuanto la acción corresponde exclusivamente a los partícipes como únicos interesados en adelantarla.

En lo que respecta a la acción de dominio anota el sentenciador que Aristóbulo Santacruz y Florencio Arteaga la fundan en las hijuelas que obtuvieron en el juicio de partición material adelantado contra Abelardo Bermúdez quien se encuentra como poseedor de los terrenos perseguidos, que son los mismos adjudicados al sujeto pasivo de esta litis en el segundo juicio de sucesión de Jacinto Arteaga y Betsabé Bonilla junto con su propia hijuela no discutida.

Entendió el Tribunal que en derecho es prevaleciente la posición del demandado cuando el fallo expresa:

"De todo lo hasta ahora visto se concluye que, el demandado Abelardo Bermúdez era poseedor inscrito y material de los terrenos que fueron objeto del juicio divisorio, título y posesión mate-

rial anteriores, por lo menos en cinco años, siguiendo la fecha de las escrituras antes citadas, al título que presentan los demandantes.

"En efecto: Los demandantes accionan, como ya se ha dicho, con base en la escritura número 508 de 10 de mayo de 1955. La adjudicación hecha a Abelardo Bermúdez en el doble juicio de sucesión de Jacinto Arteaga y Betsabé Bonilla, consta en la escritura número 42 de 14 de enero de 1950.

"La protocolización del juicio de sucesión de Jacinto Arteaga, que dio origen al juicio divisorio de que se ha hecho mención consta en la escritura número 381 de 26 de marzo de 1951.

"De lo anterior se concluye que la prueba del dominio invocada por los demandantes no es anterior ni a la posesión material del demandado, ni tampoco a los títulos traídos por éste a los autos como justificativos de ella, así se contropongan o confronten exclusivamente aquellos en que constan las protocolizaciones de los juicios de sucesión de Jacinto Arteaga y el doble de Jacinto Arteaga y Betsabé Bonilla, o sean las escrituras números 381 de 26 de marzo de 1951 y 42 de 14 de enero de 1950, porque el último de los mencionados instrumentos es anterior en un año al primero, hecho que les resta idoneidad para destruír la situación procesal planteada y demostrada por el demandado".

Y así, aunque los demás elementos estructurales se encontraran reunidos, la reivindicación fue negada por falta de titularidad en los actores.

LA ACUSACION

Nada habría como tacha de incongruencia en lo que respecta a la causal 2ª invocada, por cuanto el fallo es plenamente absolutorio. Y en lo que respecta a los numerosos cargos por la causal 1ª, el estudio habrá de limitarse al que aparece en el capítulo 3º bajo el rubro de **"Falta de apreciación de pruebas y apreciación errónea".**

Allí se lee:

"Considero mal apreciadas las pruebas siguientes:

"A) En primer término, la copia de la escritura número 508 de fecha 10 de mayo de 1955, otorgada en la Notaría de Girardot, por medio de la cual se protocoliza el juicio divisorio adelantado contra el mismo demandado Abelardo Bermúdez, que terminó con la aprobación de esa partición después del trámite de la primera, segunda instancia y recurso de casación, donde aparece la hijuela registrada sobre los bienes cuya entrega se reclama.

"Hago consistir ese error de apreciación, como erro de derecho, en no darle el valor probatorio, legítimo y suficiente, para obtener la entrega demandada, la nulidad del título del opositor, y el pago indemnizatorio correspondiente.

"Por lo explicado en el capítulo anterior, creo haber demostrado suficientemente que este título, como proveniente de una actuación legítima, debía prevalecer sobre el del opositor que proviene de una actuación injurídica, y que he calificado de dolosa, y que por lo tanto así ha debido entenderse esa prueba. Como el Tribunal no lo hizo creo que ha violado las normas sobre validez de la prueba legítima sobre la prueba ilegítima, llegando a violar la ley sustantiva, o sean los artículos sobre propiedad, tradición y nulidad, mencionados en los capítulos anteriores.

"B) La copia de la escritura número 283 de 25 de mayo de 1938, otorgada en Girardot, por medio de la cual el causante adquirió los bienes de que trata el título de propiedad del actor, en cuanto el Tribunal solamente le dio el alcance de derechos y acciones, sin detenerse a fijar su alcance, en lo que respecta a los lotes alinderados que luégo aparecen repartidos proindiviso a favor del actor, de donde proviene el juicio de partición material que convirtió esos derechos abstractos, en cosas concretas, ya que ese es el alcance de la partición de bienes.

"Considero que a esa copia, junto con el certificado del Registrador de Instrumentos que obra en el cuaderno principal, presentado con la demanda, para acreditar la suficiencia del título del demandante, se le ha dado un valor probatorio insuficiente, como que solamente acredita la transmisión de derechos. Pero como además de la determinación de cuerpos ciertos que señala esa escritura, las acciones o derechos abstractos fueron convertidos en cuerpo cierto, por obra de las hijuelas protocolizadas y registradas, no es posible sacar la conclusión enunciada por el Tribunal de que el registro a favor del demandante, sobre esos bienes solamente puede tomarse desde la fecha del registro de la primera sucesión de Jacinto Arteaga en marzo de 1951, y que como el de la segunda sucesión levantada por el demandado se hizo en enero de 1950, resulta anterior y prevalente a su favor. Creo que si esta prueba se hubiera tomado en otro sentido, como demostrando que los bienes que fueron adjudicados al demandante, en la mencionada sucesión, si fueron transmitidos por el causante, entonces no se había llegado a la

conclusión de un registro posterior al de la hijuela del demandado.

"Al no hacerlo así, se desconoció el registro anterior a favor del demandante, y en esas condiciones por esa errónea apreciación se violaron las normas citadas en el capítulo anterior, sobre dominio, tradición y suficiencia de su título, según el certificado del Registrador.

"C) La copia de la escritura número 42 de fecha 14 de enero de 1950, otorgada en la Notaría de Girardot, por medio de la cual se protocolizó el segundo juicio de sucesión de Jacinto Arteaga, levantado por el demandado para burlar el primero, donde consta cuándo se inició, qué actividad tuvo el demandado para terminarlo, junto con la copia de la diligencia de inspección ocular y sus antecedentes, aducida por el demandado, en cuanto no se dedujo de dicha prueba la ilicitud del procedimiento seguido al iniciar el segundo juicio de sucesión para burlar el que primitivamente se había iniciado, y en el cual se había hecho parte el demandado, y así poder seguir disfrutando de la posesión de los bienes, y conseguir una hijuela de todos ellos, no obstante que estaban vinculados a la propiedad del causante Jacinto Arteaga, y que ni esa inspección ocular, ni el dictamen de los peritos, ni en el resto de la copia pudo establecerse otra cosa.

"Si el Tribunal hubiera tenido en cuenta los antecedentes del procedimiento que acredita esa copia, y hubiera encontrado en esos antecedentes motivos de ilicitud, no le hubiera dado el valor de prueba oponible a la presentada por el demandante, en materia de propiedad, y sin reparo de ilegalidad alguna.

"Al no obrar de este modo desconoció el derecho de propiedad del actor, y vino a violar los artículos que, sobre este derecho, y el derecho a obtener la nulidad de esa actuación, fueron mencionados en los capítulos anteriores.

"D) Finalmente la copia misma relacionada con la terminación o tramitación del segundo juicio de sucesión de Jacinto Arteaga, en cuanto desconoció que allí no fueron citados los demás herederos, ni el demandante como cesionario de alguno de ellos. De manera que cuando el Tribunal en su sentencia habla de que sí se hicieron parte, y que al efecto presentaron un reclamo tardío contra esa partición, se contradice notablemente, pues esa presentación tardía, cuando ya la actuación estaba consumada, está indicando la falta de citación y emplazamiento respectiva.

"Si el Tribunal hubiera tenido en cuenta esa circunstancia, hubiera reconocido que no hubo tal emplazamiento, y al proceder así habría tenido que aceptar que estaba probada una de las causales de nulidad adjetiva que ha echado de menos al considerar, equivocadamente según demostración anterior, que solamente existe nulidad de los juicios desde el punto de vista adjetivo, y que en el presente caso debía comprobarse una de esas causales..."

SE CONSIDERA:

1. Aunque la demanda parecería en abierta riña con la técnica del recurso extraordinario, no deja de ser clara la acusación del fallo en cuanto vulnera las normas que organizan y protegen el derecho de dominio. Y como el cargo ha de prosperar con suficiente poder infirmatorio, no es el caso de considerar las acusaciones restantes. (538 del Código Judicial).

2. Tanto en el primer juicio sucesorio de Jacinto Arteaga como en el de división material de los terrenos sobre que el actual litigio versa, estuvo presente como parte el demandado Abelardo Bermúdez, y así se adelantaron y fenecieron los respectivos procedimientos jurisdiccionales. Pero es notorio que no puede predicarse lo mismo respecto de Aristóbulo Santacruz y Florencio Arteaga por cuanto hace al segundo juicio de sucesión de Jacinto Arteaga, promovido por Bermúdez en forma doble con Betsabé Bonilla, con conocimiento personal y directo de la existencia de los otros interesados y a sabiendas de actuar a sus espaldas en proceso donde nunca fueron partes Santacruz y Arteaga y donde Bermúdez obtuvo la adjudicación de todas aquellas tierras.

Ya las tenía en su poder y también ya había logrado la dicha adjudicación cuando hubo de comparecer al juicio de división material que fue citado por Aristóbulo Santacruz y Florencio Arteaga, en que sus objeciones dedujeron los mismos motivos que ahora invoca para oponerse a la acción: Que los terrenos le fueron adjudicados en el segundo juicio sucesorio en acto que pasó al registro con anterioridad a la partición en la primera mortuoria de Jacinto Arteaga; y que no eran de éste sino de Betsabé Bonilla esos predios.

3. Si en el juicio divisorio posterior al título que aduce el demandado se aprobó por la justicia el trabajo de partición material de las tierras, después de quedar agotados todos los trámites y surtidos todos los recursos, inclusive el de casación ante la Corte, se desconocería abiertamente

el mérito del fallo jurisdiccional y su fuerza vinculatoria entre las partes, si en el presente proceso se admitiera cosa distinta a que el fallo ejecutoriado en el dicho juicio de partición material es el que debe regir las relaciones recíprocas de las partes enfrentadas en el litigio: Aristóbulo Santacruz y Florencio Arteaga como actores y Abelardo Bermúdez como demandado, que así comparecieron también al juicio divisorio. El fallo por sí mismo entre las partes, y su registro para los efectos **erga omnes**, es el llamado a prevalecer para la legitimación de los actores en la causa, sin que pueda oponérseles, ni en razón ni en derecho, lo actuado en un segundo proceso sucesorio donde no figuraron como partes. A lo cual se añade que quien lo iniciara tenía noticia clara y conocimiento adecuado del interés jurídico que asistía a otras personas para intervenir en la liquidación de aquel doble y repetido juicio sucesorio.

4. La identidad de las cosas singulares reivindicadas y su actual posesión por el demandado Abelardo Bermúdez están admitidos como hechos indiscutibles dentro del proceso. Y si además el sujeto pasivo de la litis no está capacitado aquí para desconocer los efectos de la sentencia aprobatoria de la partición material de las tierras perseguidas por los actores en ejercicio del derecho de dominio individualizado en parcelas que entonces se les reconoció, su titularidad es prevaleciente y la acción reivindicatoria debe prosperar. Quedan al margen las consideraciones restantes.

5. Lo expuesto es conducente a la infirmación del fallo recurrido y motiva la sentencia de instancia que va a proferirse.

RESOLUCION:

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 28 de agosto de 1958 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revoca la de primera instancia, y en su lugar resuelve:

PRIMERO. No están probadas las excepciones propuestas.

SEGUNDO. Condénase a ABELARDO BERMUDEZ a restituír a ARISTOBULO SANTACRUZ dentro de seis días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia los siguientes lotes de terreno ubicados en la vereda de **San Lorenzo**, jurisdicción del Municipio de Girardot:

"**Lote C.** De 15 fanegadas y 5.350 varas cuadradas, de las cuales una es de tercera clase, y el resto de primera clase, alinderado así: 'Partiendo del mojón número 4 situado a la orilla del río Magdalena, se sigue aguas arriba, 200 metros, hasta el mojón número 7; de aquí línea recta de azimut 0 grados hasta el mojón número 6, lindando con el lote adjudicado a Aristóbulo Santacruz; del mojón número 6 sigue al suroeste la línea quebrada en colindancia con terrenos de Mauricio Ospina, hoy Benedicto Hernández, en 265 metros hasta el mojón número 5; de aquí con azimut de 180 grados línea recta al mojón número 4, punto de partida'. Este lote goza de servidumbre de tránsito por los lotes A. y B. y queda gravado con servidumbre de tránsito a favor del lote D.".

"**Lote D.** De 28 fanegadas y 2.518 varas cuadradas de tierra de primera clase y 46 fanegadas de tierra de tercera clase, alinderado así: 'Partiendo del mojón 7 situado en la orilla del río Magdalena, siguiendo aguas arriba en longitud aproximada de 900 metros hasta la desembocadura de la zanja seca en el río, por esta zanja aguas arriba, hasta encontrar la cerca divisoria del terreno que se parte, con otra propiedad vecina, siguiendo esta cerca, línea quebrada, de dirección general noroeste, suroeste, y 900 metros de longitud hasta el mojón 6; de aquí con azimut de 180 grados línea recta al mojón 7 punto de partida, colindando en este trayecto con el lote adjudicado a María Aurora Arteaga'. Este lote goza de servidumbre de tránsito por los lotes A., B. y C.".

"**Lote E.** Alinderado así: 'Partiendo del mojón número 8,siguiendo al suroeste 100 metros hasta el mojón número 9 lindando con terrenos de Luis Ramírez; del mojón 9 se sigue al Sur 175 metros lindando con terrenos de Ramón Guzmán, hasta el mojón 10; de aquí al oriente 180 metros al mojón número 11; y de aquí al noroeste al mojón número 8, punto de partida, lindando del mojón número 10, número 11 al número 8 con terrenos que fueron de Mauricio Ospina. Este lote tiene una cabida de 4 fanegadas y 4.000 varas cuadradas y tiene establecida una servidumbre de tránsito".

TERCERO. Condénase a ABELARDO BERMUDEZ a restituír a ARISTOBULO SANTACRUZ los frutos naturales y civiles de los tres lotes antedichos, desde el 26 de septiembre de 1951, y no

solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo esos lotes en su poder.

CUARTO. Condénase a ABELARDO BERMUDEZ a restituír a FLORENCIO ARTEAGA dentro de seis días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia el siguiente lote de terreno ubicado en la vereda de **San Lorenzo,** jurisdicción del Municipio de Girardot:

"**Lote** A. De 4 fanegadas y 9.282 varas cuadradas„ alinderado así: 'Partiendo del mojón número 1, situado en la orilla del río Magdalena, en el vértice formado con colindancia de terrenos de Mauricio Ospina, hoy Benedicto Hernández, siguiendo esta colindancia al noroeste en 270 metros hasta el mojón número 2; de aquí con azimut de 180 grados línea recta al mojón número 3; situado a la orilla del río Magdalena; siguiendo aguas abajo este río, hasta el mojón número 1, punto de partida'.

QUINTO. Condénase a ABELARDO BERMUDEZ a restituír a FLORENCIO ARTEAGA los frutos naturales y civiles del antedicho lote, desde el 26 de septiembre de 1951, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo ese lote en su poder.

SEXTO. Los frutos se liquidarán por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

SEPTIMO. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

OCTAVO. Sin costas en la segunda instancia y en casación. Costas de la primera instancia a cargo del demandado.

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

José Hernández Arbeláez—Enrique Coral Velasco—Hernando Morales M.—Ignacio Escallón—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

OBJECIONES A UNA PARTICION. — NO EXISTE NORMA EXPRESA QUE ORDENE O QUE IMPIDA QUE AL ASIGNATARIO QUE ATENDIO EL PAGO DE TODOS LOS GASTOS SUCESORALES SE LE ADJUDIQUEN BIENES SUFICIENTES DEL ACERVO COMUN PARA CUBRIRSELOS. — DEUDAS HEREDITARIAS Y GASTOS DEL JUICIO DE SUCESION. — SUS DIFERENCIAS Y DISPOSICIONES QUE LOS REGULAN

1.—Sin embargo del cuidado de la ley, para resolver las distintas ocurrencias que puedan presentarse en el juicio de sucesión y en la partición de los bienes, no se encuentra en el Título XXX del Código Judicial, dedicado a dicho juicio, ni en el Título 10 del Código Civil, reglamentario de la particicón de bienes, una disposición legal que expresamente contenga prohibición de hacer una sola hijuela para el pago de la asignación y para atender a los gastos que el asignatario hubiese hecho para adelantar el juicio; pero en realidad, tampoco existe la que autorice hacerlo. En vista de esto, por analogía o integración de normas, se ha aplicado para el juicio de sucesión el principio contenido en el artículo 1.142 del Código Judicial en lo que respecta al pago de gastos hecho por alguno de los comuneros, lo cual ha encontrado respaldo en jurisprudencia de la Corte, entre otras, en casaciones de 20 de junio de 1951, GACETA JUDICIAL, Tomo LXIX, página 697, 1ª, y de 21 de agosto de 1951, GACETA JUDICIAL, Tomo LXX, página 69.

2.— Ocurre con frecuencia, por razón de que las deudas hereditarias y los gastos del juicio integran el pasivo de la sucesión, que suele confundírselos hasta el extremo de afirmar que de los gastos debe hacerse hijuela separada como se hace de las deudas hereditarias, según la ley. Pero no se tiene en cuenta qué gastos y deudas se diferencian, a pesar de ser pasivo de la sucesión, en que las deudas hereditarias son las que el causante tuvo en vida y que pesan sobre los herederos porque lo representan en sus derechos y obligaciones transmisibles, en tanto que los gastos son deudas de los herederos provenientes del juicio de sucesión. La obligación del partidor y del albacea, de acuerdo con los artículos 1.343 y 1.393, de formar el lote o hijuela de deudas del causante, tiene por objeto amparar a los acreedores hereditarios y testamentarios cuyos créditos no se pagaron antes de la partición, de atender con bienes determinados el pago respectivo. Pero esto no tiene lugar "cuando por haber pagado uno de los coasignatarios todas o algunas de las deudas hereditarias, deba especificarse, al hacer la partición, cuáles bienes se le adjudican para pagarle su haber herencial y cuáles para reembolsarle el valor de los gastos hechos, pues esto carecería de todo objetivo jurídico y práctico, ya que todos esos bienes habrán de entrar al mismo patrimonio" (G. J., Tomo LXIX, Pág. 695).

Cierto es, además, que distintas disposiciones civiles regulan lo atinente a gastos y lo relativo a deudas hereditarias y testamentarias. Los gastos que requiere el juicio de sucesión se regulan por disposiciones especiales, entre otros los artículos 1.016, 1.017, 1.281, 1.390, 1.432 y Ley 63 de 1936, mientras que sobre deudas hereditarias y testamentarias, preferentemente, existe el Título 11 del Libro 3º del Código Civil.

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

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

Por petición de interesado, el Juez Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, declaró abierto y radicado en ese Juzgado el juicio de sucesión testada de Teodosio A. Delgado R., fallecido el 19 de mayo de 1951, y disuelta la sociedad conyugal formada por el causante con Abigaíl Delgado. Dentro de la tramitación y a medida que lo solicitaron, se reconoció como herederos a los instituídos en el testamento y se dio a los legatarios intervención en el juicio.

Realizados los inventarios, pagados los derechos fiscales etc., uno de los herederos solicitó partición de bienes. Esta se realizó, pero fue motivo de objeciones de distinta índole, unas de las cuales fueron aceptadas y otras se declararon no probadas; pero al fin, rehecho el trabajo de partición, el Juzgado por sentencia de 28 de agosto de 1957, la aprobó, providencia que apelada por el objetante mereció confirmación del Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de diciembre 2 del mismo año, objeto del recurso de casación.

OBJECIONES A LA PARTICION

Varias objeciones se formularon a la partición, como puede verse en memoriales de 7, 10 y 13 de abril de 1956 (folios 1, 2 y 3 del cuaderno número 4), y, como unas tuvieron buen suceso se rehizo. Sometida a la aprobación judicial, la obtuvo como antes se anotó.

Entre las objeciones que se declararon no probadas figuran dos que fueron, con otra causal, razón o motivo para interponer recurso de casación. Son ellas:

a) Haber adjudicado todo el valor de los gastos a la cónyuge sobreviviente, sin que ella los hubiera cubierto todos y porque no se hizo separadamente adjudicación por gastos y por porción conyugal; y

b) Porque la dación en pago que entraña la adjudicación para pagar gastos del juicio, se hizo sin parar mientes en la presencia de un incapaz, la Iglesia de San Juan Nepomuceno de Vetas, en cuyo nombre constituyó apoderado el señor Obispo de la Diócesis de Bucaramanga.

La partición rehecha contiene la siguiente explicación:

"Como en el capítulo de las deducciones se dejó comprobados, (sic) suben a la suma de $ 3.453.21 los gastos, que en su mayor parte fueron hechos por la cónyuge sobreviviente señora Abigaíl Delgado viuda de Delgado, según los comprobantes que obran en el juicio, de conformidad a lo ordenado por el H. Tribunal Superior de este Distrito, al conocer de la apelación contra el auto que resolvió las objeciones a la partición, a la cónyuge sobreviviente se adjudicará la hijuela de gastos, imputándolos a su porción conyugal, con la obligación de pagar o reembolsar los hechos por la señora Josefa Antonia G. de Arias quien hizo gastos por valor de $ 152.31 y de pagar también los honorarios al suscrito partidor estimados en $ 600.00, por el Juzgado del conocimiento".

LA ACUSACION

Un solo cargo a través de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial se formula contra la sentencia, por ser "violatoria de la ley sustantiva por infracción directa de las siguientes disposiciones legales: Artículos 1.502, 1.504, inciso 3º, 1.745, 1.750, 640, 740, 1.494 y 1.393 del Código Civil; 1.142 y 473 del Código Judicial; 16 de la Ley 153 de 1.887 y Cánones 534, 1.531, 1.532 y 1.533 del Código de Derecho Canónico".

El recurrente explica el cargo a lo largo de la demanda de casación, en análisis de disposición por disposición, para concluír que el Tribunal las quebrantó por adjudicar a la cónyuge en una misma hijuela la porción conyugal y los gastos del juicio, sin haberlos hecho todos; por haber admitido una dación en pago sin el consentimiento de todos los herederos y en presencia de un incapaz, como es la Iglesia de San Juan Nepomuceno de Vetas; y, por proceder contra cosa juzgada.

Se considera:

Sin embargo del cuidado de la ley, para resolver las distintas ocurrencias que puedan presentarse en el juicio de sucesión y en la partición de los bienes, no se encuentra en el Título XXX del Código Judicial, dedicado a dicho juicio, ni en el Título 10 del Código Civil, reglamentario de la partición de bienes, una disposición legal que expresamente contenga prohibición de hacer una sola hijuela para el pago de la asignación y para atender a los gastos que el asignatario hubiese hecho para adelantar el juicio; pero en realidad, tampoco existe la que autorice hacerlo. En vista de esto, por analogía o integración de normas, se ha aplicado para el juicio de sucesión el principio contenido en el artículo 1.142 del Código Judicial en lo que respecta al pago de gastos hecho por alguno de los comuneros, lo cual ha encontrado respaldo en jurisprudencia de la Corte, como las siguientes:

"De acuerdo con el artículo 1.142 del Código Judicial, si no hay especial convenio entre las partes, los gastos comunes de la división se distribuyen entre los dueños a prorrata de sus derechos; o se representan en un lote especial; o se saca de la parte de bienes que se remate. Si uno o varios comuneros hacen los gastos que a todos corresponden, se les reembolsan con parte

de los bienes comunes o con el producto de la venta parcial del bien común.

"El mencionado artículo 1.142 del Código Judicial reglamentó, pues, claramente todo lo tocante a la distribución de los gastos comunes de las particiones, en forma de evitar que éstas no se lleven a cumplido término por falta de fondos, indicando medios varios, igualmente adecuados para su obtención previa o ulterior y su equitativo reparto, directo o indirecto, entre los interesados todos.

"En síntesis, de acuerdo con los preceptos contenidos en el Código Civil, sobre gastos causados por las particiones de bienes comunes (Código Civil 1.390; 2.338, regla 4ª), entendidos como los entiende el Código Judicial al reglamentarlos en su artículo 1.142, es legal su distribución entre los interesados ya sea que se sufraguen proporcionalmente o que se representen en uno o más lotes de terreno que cubran su valor" (LXX, Pág. 69).

Y esta otra:

"No existe disposición expresa que ordene o impida que al asignatario que atendió a todos los gastos sucesorales se le adjudiquen bienes suficientes del acervo común para cubrírselos. De allí que deba seguirse la regla consagrada por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, para aplicar por analogía a este caso lo estatuído por el artículo 1.142 del Código Judicial sobre gastos comunes de la división de bienes, en cuanto prescribe que "el comunero que haga los gastos que corresponden a todos, tiene derecho a que se le reembolse con parte de los bienes comunes o del producto de la venta". (T. LXIX, Pág. 695).

Ocurre con frecuencia, por razón de que las deudas hereditarias y los gastos del juicio integran el pasivo de la sucesión, que suele confundírselos hasta el extremo de afirmar que de los gastos debe hacerse hijuela separada como se hace de las deudas hereditarias, según la ley. Pero no se tiene en cuenta que gastos y deudas se diferencian, a pesar de ser pasivo de la sucesión, en que las deudas hereditarias son las que el causante tuvo en vida y que pesan sobre los herederos porque lo representan en sus derechos y obligaciones transmisibles, en tanto que los gastos son deudas de los herederos provenientes del juicio de sucesión. La obligación del partidor y del albacea, de acuerdo con los artículos 1.343 y 1.393, de formar el lote o hijuela de deudas del causante, tiene por objeto amparar a los acreedores hereditarios y testamentarios cuyos créditos no se pagaron antes de la partición, de atender con bienes determinados el pago respectivo. Pero esto no tiene lugar "cuando por haber pagado uno de los coasignatarios todas o algunas de las deudas hereditarias, deba especificarse, al hacer la partición, cuáles bienes se le adjudican para pagarle su haber herencial y cuáles para reembolsarle el valor de los gastos hechos, pues esto carecería de todo objetivo jurídico y práctico, ya que todos esos bienes habrán de entrar al mismo patrimonio". (G. J. Número LXIX. Página 695).

Cierto es, además, que distintas disposiciones civiles regulan lo atinente a gastos y lo relativo a deudas hereditarias y testamentarias. Los gastos que requiere el juicio de sucesión se regulan por disposiciones especiales, entre otros los artículos 1.016, 1.017, 1.281, 1.390, 1.432 y Ley 63 de 1936, mientras que sobre deudas hereditarias y testamentarias, preferentemente, existe el Título 11 del Libro 3º del Código Civil.

Por lo demás, no tiene influencia para casar la sentencia, que se haya hecho una adjudicación por todo el valor de los gastos, a quien los pagó casi en su totalidad, menos $ 152.31, que quedaron a cargo de esa asignataria para su respectivo reembolso.

b) Afirma el recurrente que, por la presencia en el juicio de la Iglesia de San Juan Nepomuceno de Vetas, persona jurídica incapaz, tampoco podía hacerse la dación en pago. Y por este aspecto, dice violados los artículos 1.504, inciso 3º, 1.745, 1.750 y 640 del Código Civil, 16 de la Ley 57 de 1887 y los Cánones 534, 1.530, 1.531, 1.532 y 1.533 del Código Canónico.

Aunque los legados se pagaron reducidos para cumplir con la sentencia sobre reforma del testamento, es una cuestión sobre la cual no puede volverse ahora. Carece el recurrente de interés jurídico en la formulación de la censura anterior.

c) El ataque por violación del artículo 473 del Código Judicial, porque el Tribunal procedió contra la cosa juzgada, lo hace consistir el recurrente en que en la sentencia (sic) que ordenó rehacer la partición (de 6 de noviembre de 1956) se dijo que bien podían adjudicarse los bienes destinados al pago de los gastos "a la persona que los hubiere hecho" y en la sentencia impugnada —continúa el recurrente— se aprobó una partición que adjudicó, dio en pago, bienes a la cónyuge sobreviviente por el total de los gastos cuando el mismo fallo reconoce que hay gastos hechos por terceros; luego se aprobó una partición que no está de acuerdo con el fallo que la mandó rehacer.

El Tribunal, en la providencia que ordenó rehacer la partición, confirmó la del Juez y dejó a salvo lo siguiente: "Menos en cuanto en ella se dispuso el remate en pública subasta del lote o hijuela de los bienes destinados al pago de los gastos que bien puede adjudicarse a la persona que los hubiere hecho, parte en la cual queda revocado el proveído".

En la sentencia aprobatoria de la partición, esta sí sentencia en sentido legal y única que se dicta en el juicio de sucesión, el Tribunal dijo lo siguiente:

"Por lo que hace al valor de los gastos fácilmente se puede apreciar que éstos han sido hechos por la señora Abigaíl, pues en aquellos en que no figura su nombre como el que aparece en el recibo oficial número 68.116 por valor de $ 72.00 por concepto de timbre nacional para la diligencia de inventarios, fue consignado por el doctor Uribe Prada (folio 31 cuaderno número 1) en fecha en que solamente apoderaba a la señora Abigaíl, lo que está indicando que obraba por su cuenta; los que se encuentran a los folios 57 a 66 del cuaderno número 2, fueron allegados al proceso por su propio apoderado con el pedimento especial de que fueran tenidos en cuenta al tiempo de fallar y que se hiciera el correspondiente reconocimiento; los pagados por Enrique Medina y vistos a folios 37, 42, 43 y 44 del mismo cuaderno y con los cuales se cubrió parte de los impuestos, peritos y otros gastos ocasionados con la diligencia de inventarios, en uno de ellos se dice muy claramente que el pago se hace por cuenta de la señora Abigaíl, lo que está indicando que en todos ellos se obraba en igualdad de circunstancias.

"Por concepto de impuestos ocasionados por la sucesión se pagó la suma de $ 2.604.85, pero como ellos no alcanzaron a valer sino la cantidad de $ 2.437.53, según liquidación definitiva vista a los folios 51 a 53 del cuaderno número 2, quedó un saldo a favor de la sucesión por valor de $ 167.32 que necesariamente deberá ser reintegrado y que es superior a lo consignado por el apoderado de Josefa Antonia de Arias, a quien según los considerandos de la partición deberá reintegrársele por la señora Abigaíl, quedando en esta forma la cónyuge sobreviviente pagando en total el valor de estos impuestos".

No aparece la violación del artículo 473 del Código Judicial que ordena respetar la cosa juzgada. Como queda explicado, la cónyuge supérstite hizo la casi totalidad de los gastos y los que no hizo se calcularon para atribuírle bienes suficientes con la obligación de reembolsar la partida a que se refiere la nota que precede la hijuela de la señora Abigaíl viuda de Delgado, antes transcrita.

Lo dicho, obliga a la Sala, a rechazar el cargo formulado contra la sentencia acusada.

RESOLUCION

Por las razones 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 proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 2 de diciembre de 1957, en el presente juicio de sucesión testada de Teodosio A. Delgado R.

No se causaron costas en el recurso.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

COMO EL ARTICULO 30 DE LA LEY 45 DE 1936 NO DEROGO EL ARTICULO 57 DE LA LEY 153 DE 1887 QUE ORDENA QUE EL RECONOCIMIENTO DEL HIJO NATURAL DEBE SER NOTIFICADO Y ACEPTADO O REPUDIADO DE LA MISMA MANERA QUE LO SERIA LA LEGITIMACION, ES OBVIO QUE LOS PRECEPTOS PERTINENTES DE ESTA SON APLICABLES A AQUEL, POR LO CUAL LA DOCTRINA DE LA CORTE RESPECTO A LA FUERZA DE LA NOTIFICACION, ACEPTACION O IMPUGNACION DE LA LEGITIMACION, DEBE OPERAR EN EL CASO DE TAL RECONOCIMIENTO. — AMPLIACION DE ESTA DOCTRINA A TODOS LOS CASOS DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO. — PARA QUE EL FENOMENO DEL RECONOCIMIENTO DEL HIJO NATURAL SE PRODUZCA, NO SON ELEMENTOS ESENCIALES TALES REQUISITOS. — OBJETO DE LA NOTIFICACION DEL RECONOCIMIENTO. — TRATANDOSE DE INCAPAZ, ESTA DEBE HACERSE POR AUTORIZACION LEGAL AL GUARDADOR GENERAL O A UN CURADOR ESPECIAL. — LA ACEPTACION PUEDE SER EXPRESA O TACITA. — FUNCIONARIOS COMPETENTES CUANDO SE OCURRE A LA NOTIFICACION JUDICIAL. — DESDE CUANDO OPERA EL RECONOCIMIENTO. — INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 19, 22 Y 23 DE LA LEY 45 DE 1936, 1226 Y 964 DEL C. CIVIL. — EL PADRE NATURAL TIENE EL CARACTER DE HEREDERO LEGITIMARIO DEL HIJO EN LA CUOTA PREVISTA EN EL ARTICULO 23 DEL ESTATUTO SOBRE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL. — PRETERICION. — EL LEGITIMARIO PRETERMITIDO NO REQUIERE INSTAURAR REFORMA DEL TESTAMENTO. — PARA LA APLICACION DEL ARTICULO 1276 DEL C. C., ES INDIFERENTE EL MOMENTO EN QUE INTERVIENE EL ASIGNATARIO A TITULO UNIVERSAL. — QUIEN PERSIGUE UNA DETERMINADA CUOTA HEREDITARIA NO PUEDE ACOGERSE AL ARTICULO 1323 DEL C. C., EN RELACION CON FRUTOS, PUES SE IGNORA QUE BIENES SE LE ADJUDICARAN, PERO POR EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE HEREDERO EN EL JUICIO DE SUCESION QUEDA AMPARADO CON LO DISPUESTO EN EL NUM. 3º DEL ARTICULO 1395 DEL MISMO CODIGO. — ACUMULACION DE LA ACCION DE DECLARACION DEL ESTADO DE PADRE NATURAL Y LA DE PETICION DE HERENCIA

1.—Entre los sistemas de reconocimiento establecidos por el artículo 2º de la Ley 45 de 1936, se mantuvo el que entronizaba el Código Civil por medio de testamento y el que se hacía por instrumento público, mas precisando respecto al último que la forma idónea es la escritura pública que era la doctrina de la Corte prevaleciente sobre el particular.

El artículo 30 de la misma Ley 45 derogó diversas disposiciones del Código Civil, lo mismo que de la Ley 153 de 1887, y respecto a la última, entre otros, los artículos 53, 54, 56, 58 en relación con determinadas causas, 59 etc.—De aquí por qué se haya entendido por la jurisprudencia que se encuentra vigente el artículo 57 de tal norma que reza: "El reconocimiento del hijo natural debe ser notificado y aceptado o repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación según el Título XI del Código Civil".

No se puede negar que las disposiciones del Título XI del Código Civil relativo a Hijos Legitimados son aplicables al reconocimiento de hijos naturales, en cuanto a notificación, aceptación y repudiación se refieren, no sólo para los dos tipos de reconocimiento voluntario que establecía el Código, sino para los cuatro que entroniza la Ley 45 de 1936, pues no se hallan excluídas para ninguno de ellos.

Además, la notificación tiene, por primordial objeto que el reconocido o legitimado manifieste su voluntad respecto al

nuevo estado de que va a gozar y tenga ocasión de aceptarlo o repudiarlo, de acuerdo con la ley. Luego, si tanto el reconocimiento por testamento y el que se hace por escritura pública, como los que se efectúan en la partida de nacimiento o por medio de memorial dirigido a un Juez auncuando la finalidad principal no sea tal reconocimiento, se fundan en la admisión que hace el reconocedor sobre sus relaciones paterno-filiales con el reconocido, existe igual razón, o sea la arriba expuesta, para considerar que deben ser notificados al hijo.

Lo que sucede es que como la notificación no debe seguir determinada forma, pues la ley no la establece, es pertinente cualquier clase de ella, incluso la tácita, esto la manifestación que haga el hijo de estar informado del reconocimiento. Por esta causa, ocurre con frecuencia que el propio hijo se atenga al reconocimiento y lo haga valer, con lo cual no hay duda de que lo conoce y acepta, ya que la aceptación no requiere formalidad, salvo si el reconocido es un incapaz.

Cuando se ocurre a la notificación judicial, es competente para practicarla tanto el Juez de Circuito como el Municipal, porque no se trata de un juicio sino de una diligencia que no reviste dicho carácter, las cuales se realizan a prevención por los unos y por los otros, conforme a los artículos 112, numeral 1º y 116, numeral 3º del Código Judicial.

El artículo 240 del Código Civil expresa que cuando la legitimación no se produce ipso iure, el instrumento público en que se hace debe notificarse a la persona que se trata de legitimar, y que si ésta es de aquéllas que se hallan bajo guarda, su notificación se hará al guardador general o en su defecto a un curador especial. El artículo 241 ibídem agrega que si la persona no necesita guardador, podrá aceptar o repudiar la legitimación libremente. Y el 242 dispone que quien requiera guardador para la administración de sus bienes, no podrá aceptar ni repudiar la legitimación sino por el ministerio o con el consentimiento de su tutor o curador general o de un curador especial, y previo decreto judicial con conocimiento de causa.

Si como ya se vio, el artículo 57 de la Ley 153 de 1887 ordena que el reconocimiento del hijo natural debe ser notificado y aceptado o repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación, es obvio que los preceptos pertinentes de ésta son aplicables a aquél, por lo cual la doctrina de la Corte respecto a la fuerza de la notificación, aceptación e impugnación de la legitimación, debe operar en el caso de tal reconocimiento. Los requisitos sobre notificación y aceptación no son entonces elementos esenciales para que el fenómeno se produzca, sino que tienen sólo la trascendencia apuntada en relación con la legitimación.

A la doctrina anterior pueden agregarse las siguientes opiniones: "Hacer depender el reconocimiento de que el hijo lo acepte, a más de ser imposible en algunos casos, tendría la inoportunidad de hacer pensar en un contrato..." (Brugi, Instituciones de Derecho Civil, página 269).

"Es cierto que ese reconocimiento debe ser notificado al hijo y aceptado expresa o tácitamente por éste, pero estos trámites de la notificación y aceptación son independientes del reconocimiento y han sido establecidos en beneficio exclusivo del hijo, de tal manera que con arreglo al artículo 218 equivale al 249 de nuestro Código), aplicable a los hijos naturales, (se subraya) sólo el hijo beneficiado puede reclamar por haberse omitido la notificación o aceptación. Si él no reclama, adquiere el estado civil de hijo natural y goza de los derechos de tal, en virtud del reconocimiento expreso y de la aceptación tácita del hijo, presumida por la ley" (Barros Errázuris, Curso de Derecho Civil, página 241, Volumen 4º).

El artículo 2.577 del Código Civil en cuanto dice que requieren escritura pública los actos jurídicos "respecto de los cuales la ley exige que su constancia quede consignada en escritura o instrumento público", no puede entenderse en el sentido de que la aceptación del reconocimiento necesite siempre dicha escritura, ya que si bien el artículo 243 habla de instrumento público, la conclusión no se acomoda a la hermenéutica científica, pues siendo eficaz la aceptación tácita derivada del simple silencio, al no impugnarse en tiempo el reconocimiento, no se entendería que se exigiera para la

expresa la forma notarial, que sólo es de rigor cuando el reconocido sea un incapaz. La disposición del artículo antecitado opera para los actos que necesitan instrumento público como solemnidad, pero no para aquellos en que éste se utiliza ad probationem (Código Civil artículo 1.760), como sucede con la aceptación de la legitimación que lejos está de constituír, en todo caso, acto solemne, cuando la ley admite la que nace del silencio, salvo tratándose de incapaces.

2.—Las reglas de los artículos 22 y 19 de la Ley 45 de 1936, se aplican de acuerdo con el artículo 1.037 del Código Civil, a los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones.

Del artículo 23 del citado estatuto se deduce que el padre natural tiene el carácter de heredero legitimario del hijo en la cuota allí prevista.

Dentro de los asignatarios forzosos está el legitimario, conforme al artículo 1.226 del Código Civil, por lo cual según tal norma, el testador está obligado a hacer la respectiva asignación, y si no la hizo, es necesario suplirla, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Y no es obstáculo que a la fecha del testamento el demandante no tuviera el carácter de legitimario. En efecto, la Corte expresa: "La omisión de un legitimario en el testamento, de que trata el artículo 1.276 del Código Civil se refiere tanto a los legitimarios existentes al tiempo de otorgarse el testamento como a los sobrevivientes" (XXXVII, 32).

El legitimario pretermitido no requiere entablar la acción de reforma, porque se considera instituído heredero en su legítima rigurosa; le basta probar su calidad de legitimario, pues las legítimas son asignaciones privilegiadas y constituyen una imposición legal para el testador, quien no puede desentenderse de las limitaciones a su derecho de testar, ni alegar otras causas que las establecidas para el desheredamiento con el fin de no asignar lo que le corresponde al legitimario. Por ende, no puede desconocerse el derecho de éste a que se le declare heredero de una sucesión testada so pretexto de consultar la voluntad presuntiva del testador sobre desheredamiento, el cual no puede hacerse sino con sujeción a las normas que para este efecto establece la ley.

3.—La aceptación de la herencia implica la posesión legal de ella que se adquiere con la delación (Código Civil artículo 759) y sólo se pierde con la repudiación o por el éxito de la acción de petición de herencia. Tratándose de una posesión universal como corresponde al derecho de herencia y versando la solicitud sobre restitución de la cuota correspondiente, es pertinente decretar ésta la cual conlleva, según se ha visto, el desplazamiento del derecho de los demandados de suceder a la causante en aquella parte que de acuerdo con la ley pertenece al demandante. Se recuerda que el artículo 219 del Código Judicial dispone: "En las demandas sobre herencia, basta en general se reclamen los bienes del finado, o la parte o cuota que coresponda al demandante".

4.—El artículo 964 del Código Civil distingue respecto a frutos entre el poseedor de buena y de mala fé, obligando al segundo a la restitución de los percibidos desde que tuvo la cosa en su poder, y al primero, a la de los percibidos después de la contestación de la demanda, o mejor desde la notificación de su admisión, como lo tiene dicho la doctrina de la Corte.

5.—Dentro del juicio de sucesión al hacer valer el heredero legitimario su reconocimiento judicial, quedará amparado por lo dispuesto por el artículo 1.395, numeral 3º del Código Civil, y allí se le deberá hacer la adjudicación consiguiente, ya que para la aplicación de tal precepto es indiferente el momento en que interviene el asignatario a título universal.

6.—La acumulación de la acción de declaración del estado de padre natural y la de petición de herencia es procesalmente admisible, pues no se oponen, sino que, por el contrario, se complementan generalmente, como ocurre en el caso de la declaración de filiación por parte del hijo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 16 de mayo de 1958, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario instaurado por Clemente Montañés Cote frente a Roberto J. Barreto y otros.

ANTECEDENTES

Clemente Montañés Cote demandó ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá a Roberto J. Barreto, Juan de la Cruz Guerra Galindo y Manuel Antonio González V., en su condición de herederos testamentarios y albaceas de la señorita Sara Julia Montañés, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1ª. Que el demandante es heredero legitimario de Sara Julia Montañés en su condición de padre natural de ésta; 2ª Que, en consecuencia, tiene derecho a su legítima en la herencia de la mencionada hija; 3ª. Que los herederos y albaceas están obligados a restituírle dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que se dicte "la herencia de que están en posesión, con todos sus frutos y acrecimientos desde la muerte de la causante".

Subsidiariamente pidió: a) Que se reforme el testamento otorgado por Sara Julia Montañés por escritura número 2.166 de 30 de septiembre de 1955 de la Notaría Quinta de Bogotá, "en el sentido de incluír como heredero legitimario, con derecho a su legítima en la herencia, al doctor Clemente Montañés Cote, en su condición de padre natural de la causante"; b). Que en consecuencia, se condene a los demandados a restituírle en el mismo término anterior, la herencia de que están en posesión, sus frutos y acrecimientos.

Agrega la demanda que en virtud de la prosperidad de cualquiera de las dos acciones, deberá considerarse a los demandados "como poseedores de mala fé, a partir de la notificación de la demanda, para todos los efectos legales".

Las afirmaciones de la demanda, pueden concretarse en la siguiente forma:

1. Sara Julia Montañés, fallecida el 23 de febrero de 1954, fue hija natural de Clemente Montañés y Leoncia Benavides, muerta ésta con anterioridad a la hija.

2. En el testamento de Leoncia Benavides la otorgante dijo que tenía una hija natural de nombre Sara Julia, e hija de Clemente Montañés, la cual fue concebida cuando los padres podían contraer matrimonio libremente.

3. El demandado doctor Roberto J. Barreto adelantó, como apoderado, el juicio de sucesión de Leoncia Benavides, de modo que tuvo conocimiento de la anterior declaración testamentaria.

4. Sara Julia Montañés en su testamento dispuso, que luégo de pagar unos legados, el resto de sus bienes los asignaba a los demandados, a quienes instituyó herederos universales, y al mismo tiempo los designó albaceas con tenencia de bienes.

5. Clemente Montañés reconoció a Sara Julia como su hija natural, mediante escritura número 1.154 de 18 de noviembre de 1953, pasada en la Notaría 2ª de Pamplona.

6. Dicho reconocimiento fue notificado a Sara Julia Montañés por el Juez Municipal de El Colegio, Cundinamarca ,el día 1º de diciembre de 1953 y en tal diligencia la notificada lo aceptó expresamente.

7. El juicio de sucesión de Sara Julia Montañés cursa en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, y dentro de él fueron reconocidos los demandados como herederos de la causante y como albaceas con tenencia de bienes.

8. En dicho juicio se presentó Clemente Montañés a fin de que se le reconociera su calidad de heredero, y no obstante que el Juzgado despachó su solicitud favorablemente el Tribunal revocó el auto respectivo, con fundamento en que la notificación del reconocimiento la practicó un Juez incompetente, ya que tal diligencia debía surtirse por Juez de Circuito y no Municipal.

Los demandados no contestaron la demanda, y la primera instancia culminó ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, por impedimento del Juez Quinto, con sentencia de 31 de julio de 1956 que denegó las solicitudes de la demanda e impuso las costas al demandante. Apelada por éste, el Tribunal la confirmó.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Empieza esta pieza por establecer que se intentaron dos acciones acumuladas en forma subsidiaria, a saber: la de petición de herencia y la de reforma del testamento. Considera que para que prospere cualquiera de ellas se hace necesario que el actor demuestre su calidad de heredero de mejor derecho que los demandados y que se acredite que éstos ocupan la herencia como herederos de la causante. Estima que Clemente Montañés no comprobó su carácter de padre natural de Sara Julia, de manera que no tiene mejor de-

recho que los herederos testamentarios, lo cual determina la negativa de la demanda.

Los fundamentos para concluír el fallador que falta la prueba de heredero en el actor son: Conforme al artículo 57 de la Ley 153 de 1887, el reconocimiento de hijo natural por escritura pública debe notificarse al reconocido en la misma forma que la legitimación. Según el artículo 243 del Código Civil, la persona que acepte o repudie deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa días siguientes a la notificación. Si bien la notificación hecha por el Juez Municipal de El Colegio a Sara Julia no ofrece reparo, pues las diligencias que no revisten el carácter de juicio pueden efectuarlas a prevención los Jueces de Circuito y los Municipales, la aceptación no se hizo de acuerdo con lo que la ley dispone, porque aunque ésta habla de instrumento público, el artículo 2.577 del Código Civil exige la escritura pública cada vez que la ley genéricamente emplea la primera acepción. Y como Sara Julia no otorgó escritura pública, la aceptación ante Juez Municipal no tiene valor legal, o sea que no hubo aceptación, en forma que el reconocimiento es ineficaz y no le asigna título al demandante para reclamar la herencia que pretende.

EL RECURSO

Cuatro cargos, dentro de la causal primera del artículo 20 del Código Judicial, se proponen por el recurrente así:

1º. Violación, por infracción directa e interpretación errónea, de los artículos 1º y 2º de la Ley 45 de 1936, y a la vez violación indirecta, resultante de error de derecho en la apreciación de la escritura número 1.154 de noviembre de 1953 otorgada en la Notaría Segunda de Pamplona, que contiene el reconocimiento de hija natural hecho por Clemente Montañés a favor de Sara Julia. Como consecuencia, quebrantamiento de los artículos 1.759, 1.240, 1.231, 1.274 del Código Civil y 1º, 2º, 19, 22 y 23 de la Ley 45 de 1936.

El primer aspecto, que realmente configura un cargo autónomo, se sintetiza en que el sentenciador desconoce o niega a las supradichas normas la fuerza que tienen respecto al reconocimiento de hijos naturales, ya que a pesar de establecer ellas que la escritura pública es medio idóneo para el reconocimiento, no acepta que produzca el estado civil consiguiente. Para despojar a este medio de tal virtud se requiere la impugnación, la cual no se ha efectuado. El segundo aspecto descansa en que habiéndose demostrado dicho reconocimiento, efectuado por escritura pública, el Tribunal no le asignó el valor probatorio correspondiente, lo que lo condujo a transgredir, por inaplicación, las normas sustanciales mencionadas. De rebote ambas violaciones llevan a la infracción de los preceptos de la Ley 45 anotados por no haberlos aplicado a quien tiene el carácter de padre natural de la causante.

2º. Violación, por infracción directa, de los artículos 1.741 y 1.743 del Código Civil; por aplicación indebida del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, y consecuencialmente por falta de aplicación, de los artículos de la Ley 45 de 1936 citados al final del cargo precedente.

La impugnación se sintetiza en que al desconocer eficacia legal a la aceptación de Sara Julia Montañés, en últimas la sentencia anula dicho acto, siendo así que el único que puede reclamar contra la falta o los defectos de la notificación o aceptación de un reconocimiento de tal índole es el reconocido o sus descendientes legítimos. Además, cualquier omisión a este respecto implicaría nulidad relativa y no absoluta, ya que los requisitos mencionados se han establecido en beneficio del reconocido exclusivamente.

3º. Violación de los artículos 243 y 2.577 del Código Civil por interpretación errada y del último además por aplicación indebida; de los artículos 1.758, 1.240, 1.241, 1.321 y 1.274 de la misma obra por defecto o falta de aplicación. Por fin, transgresión de las mismas normas de la Ley 45 de 1936 mencionadas en los cargos anteriores.

Se basa en el razonamiento que así se resume: El Tribunal considera que el instrumento público de aceptación de un reconocimiento de hijo natural debe ser siempre escritura pública, pues no se trata simplemente de un escrito de carácter probatorio sino que constituye en realidad una solemnidad. Si bien, expresa el impugnador, la repudiación debe efectuarse siempre por escritura pública, para la aceptación no sucede lo mismo, puesto que el mero silencio la configura al pasar noventa días desde la notificación, sin que medie impugnación, lo que demuestra que no puede ser solemne dicho acto.

No puede pasarse por alto, continúa el recurrente, que el reconocimiento por testamento y el que se hace en memorial ante Juez, producen sus efectos antes de sentarse la partida de estado civil consiguiente, de manera que ésta no tiene más que fines probatorios.

La interpretación del Tribunal es excesiva, qui-

zá explicable bajo la vigencia del Código que no contemplaba sino el reconocimiento por instrumento público y por testamento, pero no hoy que la Ley 45 de 1936 establece además otras formas para tal acto, como la que se hace por memorial dirigido a un Juez, auncuando no tenga por finalidad principal tal reconocimiento. Además, no puede olvidarse que el artículo 1.758 del Código Civil define el instrumento público como el que autoriza un funcionario público.

4º Violación directa del artículo 30 de la Ley 45 de 1936 y de los artículos 2º, 3º y 19 de la Ley 153 de 1887. Violación por aplicación indebida de los artículos 240 y 243 del Código Civil, y consecuencialmente transgresión por falta de aplicación de los artículos 1.240, 1.321 y 1.274 de la misma obra, y 1º, 2º, 19, 22 y 23 de la Ley 45 de 1936.

El cargo se sintetiza en la forma siguiente:

Si bien el artículo 30 de la Ley 45 puntaliza los preceptos del Código Civil y de otras leyes que quedan sin vigor por el nuevo estatuto, los artículos de la Ley 153 de 1887 antes mencionados consagran el predominio de la norma posterior y la insubsistencia o incompatibilidad de las disposiciones antiguas cuando una ley nueva regula íntegramente la materia a que aquélla se refería. Por tanto, debe entenderse derogado el artículo 57 de la Ley 153 de 1887 que determina la aplicabilidad del Título XI del Libro 1º del Código Civil para el reconocimiento de filiación natural.

No es posible, dice el recurrente, establecer categorías entre los distintos medios de reconocimiento, lo que se logra exigiendo la notificación y aceptación para el que se produce por escritura pública, ya que en los demás casos nada se dispone sobre el particular. Por otro lado, se ha admitido que al hijo reconocido en dicha forma le basta presentar la escritura y atenerse a ella para que su calidad no merezca objeción; en cambio, no se entiende por qué si es el padre el que pretende valerse del instrumento, haya de comprobar también la notificación y aceptación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Se estudian conjuntamente los cargos formulados, debido a su íntima conexión.

El artículo 2º de la Ley 45 de 1936 expresa: "El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse en el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce; por escritura pública; por testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento; por manifestación expresa y directa hecha ante un Juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene...".

De esta manera, entre los sistemas de reconocimiento establecidos por dicha norma, se mantuvo el que entronizaba el Código Civil por medio de testamento y el que se hacía por instrumento público, mas precisando respecto al último que la forma idónea es la escritura pública que era la doctrina de la Corte prevaleciente sobre el particular.

El artículo 30 de la misma Ley 45 derogó diversas disposiciones del Código Civil, lo mismo que de la Ley 153 de 1887, y respecto a la última, entre otros, los artículos 53, 54, 56, 58 en relación con determinadas causas, 59, etc. De aquí por qué se haya entendido por la jurisprudencia que se encuentra vigente el artículo 57 de tal norma que reza: "El reconocimiento del hijo natural debe ser notificado y aceptado o repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación según el Título XI del Código Civil".

La Corte ha expresado: "Se sostiene .... que el artículo 57 de la Ley 153 de 1887 está derogado. Tal afirmación carece de apoyo legal. Ya vimos que su doctrina estaba acorde con los más elementales principios de la equidad y en armonía con las más adelantadas legislaciones sobre la materia; por otra parte tampoco es posible desde el punto de vista de nuestra legislación sostener la abrogación como consecuencia del nuevo estatuto del hijo natural que contiene la Ley 45 de 1936. En efecto, entre las disposiciones que menciona como derogadas el artículo 30 de esta ley, no figura el artículo 57. En la enumeración que en dicha disposición se hace de disposiciones derogadas pasa el legislador del artículo 56 al 58. Tampoco podría tenerse tal mandato en pugna con las disposiciones de la nueva ley, porque, al contrario, las complementa. Sobre el punto se han pronunciado distintos tratadistas colombianos quienes han sostenido la vigencia del artículo en cuestión" (LXI, 704).

De esta suerte, no se puede negar que las disposiciones del Título XI del Código Civil relativo a Hijos Legitimados son aplicables al reconocimiento de hijos naturales, en cuanto a notificación, aceptación y repudiación se refieren, no sólo para los dos tipos de reconocimiento voluntario que establecía el Código, sino para los cuatro que entroniza la Ley 45 de 1936, pues no se hallan excluídas para ninguno de ellos.

Además, como adelante se verá, la notificación tiene por primordial objeto que el reconocido o legitimado manifieste su voluntad respecto al nuevo estado de que va a gozar y tenga ocasión de aceptarlo o repudiarlo, de acuerdo con la ley. Luego, si tanto el reconocimiento por testamento y el que se hace por escritura pública, como los que se efectúan en la partida de nacimiento o por medio de memorial dirigido a un Juez aun cuando la finalidad principal no sea tal reconocimiento, se fundan en la admisión que hace el reconocedor sobre sus relaciones paterno-filiales con el reconocido, existe igual razón, o sea la arriba expuesta, para considerar que deben ser notificados al hijo.

Lo que sucede es que como la notificación no debe seguir determinada forma, pues la ley no la establece, es pertinente cualquier clase de ella, incluso la tácita, esto es la manifestación que haga el hijo de estar informado del reconocimiento. Por esta causa, ocurre con frecuencia que el propio hijo se atenga al reconocimiento y lo haga valer, con lo cual no hay duda de que lo conoce y acepta, ya que la aceptación conforme se explica luego no requiere formalidad, salvo si el reconocido es un incapaz.

A propósito de la notificación, la Corte en sentencia de 24 de junio del corriente año, en el juicio de Ana Dolores Martínez o Acosta de Martínez contra Evangelista Martínez y otros ha dicho: "La ley no establece forma concreta para que la notificación se perfeccione, de manera que, tratándose de un acto de conocimiento, deben seguirse las reglas generales sobre la materia, o sea que proceden todos los medios de notificación pertinente. Preferentemente tendrá cabida la notificación personal y directa, mas no se ve inconveniente en que proceda también la notificación proveniente del propio notificado, análogamente a lo que respecto a providencias judiciales entroniza el artículo 321 del Código Judicial que dice que si en memorial dirigido al Juez la persona que debe notificarse se da por conocedora de la respectiva providencia, la notificación se produce, ya que lo importante en estas materias es que el individuo a quien está destinado el acto tenga positivo conocimiento de él".

Por lo expuesto, cuando se ocurre a la notificación judicial, es competente para practicarla tanto el Juez de Circuito como el Municipal, porque no se trata de un juicio sino de una diligencia que no reviste dicho carácter, las cuales se realizan a prevención por los unos y por los otros, conforme a los artículos 112, numeral 1º y 116, numeral 3º del Código Judicial.

El artículo 240 del Código Civil expresa que cuando la legitimación no se produce ipso iure, el instrumento público en que se hace debe notificarse a la persona que se trata de legitimar, y que si ésta es de aquéllas que se hallan bajo guarda, su notificación se hará al guardador general o en su defecto a un curador especial. El artículo 241 ibídem agrega que si la persona no necesita guardador, podrá aceptar o repudiar la legitimación libremente. Y el 242 dispone que quien requiera guardador para la administración de sus bienes no podrá aceptar ni repudiar la legitimación sino por el ministerio o con el consentimiento de su tutor o curador general o de un curador especial, y previo decreto judicial con conocimiento de causa.

La Corte en la sentencia últimamente citada, expuso al respecto:

"La notificación, enseñan los autores, tiene por objeto provocar la declaración de voluntad del hijo que se trata de legitimar y cuyo estado civil se va a alterar. El consentimiento del hijo es, pues, factor trascendental en la legitimación, ya que nuestro derecho, apartándose en esto del francés, ha seguido los principios romanos, según las cuales no se podía cambiar el estado civil de una persona contra su voluntad.

"La aceptación de la legitimación puede ser expresa o tácita, ya que el artículo 243 del Código Civil dice: 'La persona que acepte o repudie, deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa días subsiguientes a la notificación. Transcurrido este plazo, se entiende que acepta, a menos de probarse que estuvo imposibilitado de hacer la declaración en tiempo hábil'.

"La notificación entonces tiene también la importancia de fijar la fecha desde la cual se cuenta el plazo que la ley otorga a la persona que se trata de legitimar, a fin de que decida si la acepta o la repudia. Si tal persona tiene la libre administración de sus bienes, puede aceptar expresamente mediante el instrumento público que prevé la ley; o tácitamente dejando transcurrir el término de noventa días sin otorgarlo, por lo cual tal plazo se le viene a conceder propiamente para que otorgue el instrumento de repudiación. Se presume que el legitimado acepta, si este instrumento no se ha otorgado en el mencionado plazo, y para destruir la presunción sería necesario que el notificado probara que estuvo imposibilitado para otorgarlo en tiempo hábil.

"Pero si la persona a quien se trata de legitimar carece de la libre administración de sus bienes y, por tanto, la intervención del Juez es necesaria, la presunción de aceptación no tiene cabida y la aceptación será siempre expresa y solemne, ya que deberá otorgarse el instrumento público de que habla la ley, por lo cual el Juez que concede el permiso deberá estar atento a que dicho instrumento se produzca.

"Cuando la legitimación no actúa **ipso iure**, la Corte estima que opera desde que el matrimonio de los padres se efectúa, y en el acta o en escritura pública se señalan los hijos que la reciben. Esta tesis se basa en primer término en el artículo 239 del Código Civil que dice que para que la legitimación **se produzca** es necesario que los padres designen en la partida matrimonial o en escritura pública a los hijos a quienes confieren el beneficio, lo cual implica que basta el requisito mencionado y, desde luego, el matrimonio de los padres, para que la legitimación tenga efecto. Por otro lado, el artículo 249 **ibídem** expresa que sólo el supuesto legitimado y sus descendientes legítimos cuando éste ha muerto, tendrán derecho para impugnar la legitimación por haberse omitido la notificación o la aceptación, requisitos que, como ha dicho la Corte, se han establecido en interés del legitimado exclusivamente (XXXVIII, 443); de modo que si se aceptara la teoría de que ellos son indispensables para la existencia de la legitimación, se llegaría a la inconsecuencia de entender que, salvo para el legitimado o sus descendientes legítimos, existiría válidamente la legitimación, no obstante haberse omitido las formalidades exigidas por la ley para su existencia o funcionamiento.

"A este propósito Somarriva Undurraga expresa: "La legitimación existe desde que se otorgue el instrumento público correspondiente. Lo dicho hasta ahora puede hacer creer que la legitimación sólo va a existir jurídicamente una vez que el hijo la haya aceptado. Pero no es así: la legitimación se produce y tiene existencia legal desde el momento en que se otorga el respectivo instrumento público. La notificación y aceptación no son propiamente requisitos de su validez; son formalidades establecidas por el legislador para salvaguardiar los intereses del hijo, ya que bien puede acontecer que la legitimación la otorguen los padres con fines egoístas y de lucro personal. Si la aceptación fuera requisito necesario para la validez y eficacia de la legitimación, ésta pasaría a ser un acto bilateral; un verdadero contrato generador de obligaciones; y como tal, podría dejarse sin efecto por la voluntad acorde de los legitimantes y del legitimado. Todo lo cual pugna con la realidad jurídica, y con el carácter de acto unilateral que tiene la legitimación. Confirma lo dicho el artículo 218 (equivale al 249 de nuestro Código), según el cual sólo el legitimado puede impugnar la legitimación por falta de notificación o aceptación" (Derecho de Familia, Pág. 384).

"Y luégo expresa: 'Según el precepto transcrito, si el legitimado es un hijo vivo, nada más que él puede reclamar por la falta de notificación o aceptación, y si el legitimado lo fue un hijo que ya había fallecido, esta reclamación únicamente pueden deducirla sus descendientes legítimos. De lo expuesto se deduce que mientras viva el hijo sólo él puede impugnar la legitimación por falta de aceptación. Una vez que el hijo fallece sin deducir la impugnación, la legitimación queda definitivamente firme, es inexpugnable. Esto viene a demostrar ... que la legitimación es un acto unilateral que tiene existencia jurídica por el solo otorgamiento del instrumento público de legitimarios que hacen los padres' ".

"Y la Corte Suprema de Chile expone: 'Que la sustancia de estas disposiciones y terminología demuestran ... que en el último caso la notificación que llegue a hacerse del instrumento público de legitimación a la persona que se trata de legitimar y la aceptación de ésta no importan formalidades de la legitimación misma, sino trámites posteriores sin más significado que el que intrínsecamente tienen relativos a una legitimación ya otorgada; ... Que esto último preceptuado por el artículo 212 antes transcrito, de que se entenderá que el legitimado acepta si no manifiesta su voluntad dentro de los noventa días siguientes a la notificación, confirma la tesis de que la aceptación del legitimado no es un requisito de la legitimación, por lo que no podría presumirse la existencia de un acto jurídico antes de concurrir los requisitos necesarios para ello. La ley habría debido entonces fijar como fecha de esa legitimación la del vencimiento del plazo de noventa días'. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXVI, Pág. 393).

Por esta razón, comentando la mencionada norma del Código Chileno, Claro Solar dice: "Más que una causal de impugnación este artículo establece una limitación del derecho de impugnación de los terceros o de los ascendientes. El hijo está gozando del estado civil del legitimado; y la notificación de la legitimación no tiene plazo deter-

minado. Al establecerse la acción (se refiere a la de impugnación en general), el hijo que la resiste manifiesta por este solo hecho que acpeta la legitimación, y esta aceptación es un acto libre y espontáneo de su parte que la ley presume aún si no la repudia, dentro del plazo que se le señala posterior a la notificación. En cuanto al legitimado o a sus descendientes, más bien que una impugnación es un rechazo que ellos harán; no dirán que impugnan la legitimación, porque no se les notificó, ni la aceptaron; sino que establecido este hecho de no haberse notificado, dirán lisa y llanamente: "No aceptamos" (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, Tomo II, Pág. 398)".

Si como ya se vio, el artículo 57 de la Ley 153 de 1887 ordena que el reconocimiento del hijo natural debe ser notificado y aceptado o repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación, es obvio que los preceptos pertinentes de ésta son aplicables a aquél, por lo cual la doctrina de la Corte ante transcrita debe operar en el caso de tal reconocimiento. Los requisitos sobre notificación y aceptación no son entonces elementos esenciales para que el fenómeno se produzca, sino que tienen sólo la trascendencia apuntada anteriormente en relación con la legitimación.

A la doctrina anterior pueden agregarse las siguientes opiniones: "Hacer depender el reconocimiento de que el hijo lo acepte, a más de ser imposible en algunos casos, tendría la inoportunidad de hacer pensar en un contrato..." (Brugi, Instituciones de Derecho Civil, página 269).

"Es cierto que ese reconocimiento debe ser notificado al hijo y aceptado expresa o tácitamente por éste, pero estos trámites de la notificación y aceptación son independientes del reconocimiento y han sido establecidos en beneficio exclusivo del hijo, de tal manera que con arreglo al artículo 218 (equivale al 249 de nuestro Código), **aplicable a los hijos naturales,** (se subraya) sólo el hijo beneficiado puede reclamar por haberse omitido la notificación o aceptación. Si él no reclama, adquiere el estado civil de hijo natural y goza de los derechos de tal, en virtud del reconocimiento expreso y de la aceptación tácita del hijo, presumida por la ley" (Barros Errázuris, Curso de Derecho Civil, página 241, Vol. 4º).

Por medio de escritura pública número 1.154 de 18 de noviembre de 1953 otorgada en la Notaría Segunda de Pamplona, Clemente Montañés reconoció como hija natural a Sara Julia Montañés, quien según dice el reconocedor siempre ha llevado este apellido, esto es, que se produjo el reconocimiento previsto en el artículo 2º de la Ley 45 de 1936. De conformidad con las doctrinas precedentes, desde este momento Sara Julia tuvo el carácter mencionado, el cual además aceptó expresamente por instrumento público, ya que fue autorizado con las solemnidades legales ante competente funcionario (Código Civil artículo 1.758). En efecto, le fue notificado el reconocimiento por el Juez Municipal de El Colegio el 1º de diciembre del citado año, instrumento que se encuentra protocolizado por escritura número 2.675 de 29 de diciembre subsiguiente y que en lo pertinente dice, después de la pregunta sobre aceptación que formuló el Juez a la mencionada señorita: "Sí lo acepto".

El artículo 2.577 del Código Civil en cuanto dice que requieren escritura pública los actos jurídicos "respecto de los cuales la ley exige que su constancia quede consignada en escritura o instrumento público", no puede entenderse en el sentido de que la aceptación del reconocimiento necesite siempre dicha escritura, ya que si bien el artículo 243 citado habla de instrumento público, la conclusión no se acomoda a la hermenéutica científica, pues siendo eficaz la aceptación tácita derivada del simple silencio, al no impugnarse en tiempo el reconocimiento, no se entendería que se exigiera para la expresa la forma notarial, que sólo es de rigor cuando el reconocido sea un incapaz. La disposición del artículo antecitado opera para los actos que necesitan instrumento público como solemnidad, pero no para aquéllos en que éste se utiliza **ad probationem** (Código Civil artículo 1.760), como sucede con la aceptación de la legitimación, que lejos está de constituír en todo caso acto solemne, cuando la ley admite la que nace del silencio, salvo tratándose de incapaces.

Pero hay algo más: como no resulta que dicho reconocimiento fuera impugnado por Sara Julia, o por sus descendientes legítimos, que no los tuvo según expresa el testamento implícitamente, dentro del plazo establecido en el artículo 243 del Código Civil, o sea en los noventa días subsiguientes a la notificación, aún en el supuesto de que no hubiera existido aceptación expresa eficaz, no hay duda de que se habría producido aceptación tácita, pues transcurrió el término apto sin que mediara la impugnación. La muerte de Sara Julia, antes del vencimiento del plazo para impugnar no altera la situación, pues tratándose de un término de caducidad éste no se suspende en ningún caso (LXI, 588).

Todo lo anterior pone de presente que el Tribunal violó el artículo 2.577 del Código Civil por errónea interpretación, como quedó explicado. Además, al desconocer la calidad de hija natural de Sara Julia violó por falta de aplicación los artículos 1º y 2º de la Ley 45 de 1936, y de contragolpe los artículos 22, 19 y 23 de ésta y el 1.240 del Código Civil, de cuyos textos surge que el padre natural es heredero del hijo y tiene el carácter de legitimario. Por igual razón y por el mismo aspecto violó el artículo 1.321 del Código Civil, porque desconoció al demandante la acción de petición de herencia, concretada a su legítima, frente a herederos extraños.

Lo dicho es suficente para que haya de casarse el fallo recurrido sin necesidad de estudiar las otras acusaciones (Código Judicial artículo 538), y que deba proferirse la sentencia de instancia que lo reemplace.

SENTENCIA DE INSTANCIA

La demanda pide, en primer término, que se declare que el doctor Clemente Montañés Cote es heredero legitimario de la señorita Sara Julia Montañés en su condición de padre natural de ésta, y que, en consecuencia, el doctor Montañés tiene derecho a su legítima en la sucesión de la finada hija.

En el presente caso, la primera parte de la petición primera principal comprende la acción declarativa de que Clemente Montañés Cote en su condición de padre natural de Sara Julia Montañés, es heredero de ésta, como legitimario. Es decir, que el título invocado por el actor, o sea el reconocimiento de hija natural respecto a Sara Julia, en consideración a que los demandados lo habían impugnado en el juicio de sucesión correspondiente, se pide sea reconocido judicialmente.

Ya se vio en el examen del recurso de casación que tal título existe ante la ley, en virtud de las consideraciones allí expuestas, por lo cual debe prosperar la solicitud referente a dicho estado civil.

El artículo 22 de la Ley 45 de 1936 expresa, en lo pertinente: "La sucesión del hijo natural se rige por las mismas reglas que la del causante legítimo, ocupando los padres naturales el lugar que de acuerdo con tales reglas corresponde a los ascendientes legítimos".

El artículo 19 de la misma norma dispone: "Si el difunto no deja posteridad legítima, le suceden sus hijos naturales, sus ascendientes legítimos de grado más próximo y su cónyuge... No habiendo cónyuge ni hijos naturales, pertenece toda la herencia a los ascendientes legítimos. Habiendo un solo ascendiente legítimo en el grado más próximo, sucede éste en todos los bienes o en toda la porción hereditaria de los ascendientes".

Estas reglas se aplican de acuerdo con el artículo 1.037 del Código Civil, a los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones.

El artículo 23 de la Ley 45 citada dice: "La mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1.016, y las agregaciones invocadas en los artículos 1.243 a 1.245, se divide por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esta división es su **legítima rigurosa**. No habiendo descendientes legítimos, ni hijos naturales por sí o representados, con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio". A su turno el artículo 1.240 del Código Civil dice: "Son legitimarios: ....4º. Los padres naturales".

De los preceptos anteriormente relacionados se deduce que el padre natural tiene el carácter de heredero legitimario del hijo en la cuota allí prevista. Por consiguiente, no hay duda de que Clemente Montañés tiene este carácter respecto a Sara Julia Montañés, por lo cual deberá hacerse aquella declaración.

Dentro de los asignatarios forzosos está el legitimario, conforme al artículo 1.226 del Código Civil, por lo cual, según tal norma, la testadora estaba obligada a hacerle la respectiva asignación, y no habiéndola hecho, es necesario suplirla, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Y no es obstáculo que a la fecha del testamento, el demandante no tuviera el carácter de legitimario. En efecto, la Corte expresa: "La omisión de un legitimario en el testamento, de que trata el artículo 1.276 del Código Civil, se refiere tanto a los legitimarios existentes al tiempo de otorgarse el testamento como a los sobrevinientes" (XXXVII, 32).

La norma aludida es del siguiente tenor: "El haber sido pasado en silencio un legitimario deberá entenderse como institución de heredero en su legítima", de modo que no es menester reformar el testamento para hacer el reconocimiento consiguiente.

El legitimario pretermitido no requiere entablar la acción de reforma, porque, según se dijo, se considera instituído heredero en su legítima rigurosa; le basta probar su calidad de legitimario, pues las legítimas son asignaciones privilegiadas y constituyen una imposición legal para el testador, quien no puede desentenderse de las limitaciones a su derecho de testar, ni alegar otras causas que las establecidas para el desheredamiento con el fin de no asignar lo que le corresponde al legitimario. Por ende, no puede desconcerse el derecho de éste a que se le declare heredero de una sucesión testada so pretexto de consultar la voluntad presuntiva del testador sobre desheredamiento, el cual no puede hacerse sino con sujeción a las normas que para este efecto establece la ley.

El artículo 1.321 del Código Civil reza: "El que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aún aquéllas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario ,arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños".

"La acción de petición de herencia es la que confiere la ley al heredero de mejor derecho para reclamar los bienes de la herencia ocupados por otra persona, que también alega título de heredero. Es, pues, una controversia en que se ventila entre el demandante y el demandado a cuál de ellos le corresponde en todo o en más parte el título de legítimo sucesor del causante en calidad de heredero, y, de consiguiente, la universalidad de los bienes herenciales o una parte alícuota sobre éstos" (XLIX, 220). "El fundamento esencial de la acción de petición de herencia, consagrada en el artículo 1.321 del Código Civil, es el derecho que tenga el demandante emanado de la calidad de heredero que compruebe como prevaleciente o simplemente concurrente respecto de la misma calidad que pretenda tener el ocupante de los bienes hereditarios. El título de heredero, esto es, la vocación hereditaria con que se demanda, debe ser probado según la regla general reflejada en este artículo, por el actor, quien debe acreditar con las probanzas que determina y reconoce la ley, los vínculos de consanguinidad o parentesco necesarios si se presenta como heredero abintestato. Es la calidad de heredero en que se apoya el demandante, controvertida por el demandado heredero, lo que constituye la cuestión principal en esta especie de acción. Cuando la vocación hereditaria se hace provenir del parentesco natural, si la pretendida filación de la persona que demanda o de quien pretende tener derecho de representación no se ha establecido en ninguna de las formas autorizadas por la ley antes de iniciar la acción de petición de herencia, y tal estado civil requiere la declaración judicial o el reconocimiento por parte del padre de acuerdo con la ley aplicable.... el juicio adquiere la naturaleza y significado de una acción de investigación o declaración de paternidad, en la cual es procedente y necesario el planteamiento de la cuestión relacionada con la personería sustantiva o derecho del actor para instaurar o promover el juicio".

Como el padre natural tiene mejor derecho a la sucesión del hijo, se hace necesario reconocerle su legítima, frente a herederos extraños, cuales son los demandados, quienes fueron instituídos en tal carácter en el testamento otorgado por Sara Julia Montañés mediante escritura número 2.166 de 30 de septiembre de 1953 de la Notaría Quinta de Bogotá, lo que quiere decir que la acción civil de petición de herencia se encuentra configurada en sus condiciones esenciales, porque se ha comprobado el parentesco natural paterno—filial entre el demandante y la causante—; porque conforme a las normas legales antedichas el padre natural es heredero de mejor derecho que los extraños, concretado el interés a su legítima, cuando el causante ha testado, y porque está demostrado igualmente que los demandados poseen la calidad de herederos testamentarios de Sara Julia Montañés, la que aceptaron expresamente en el juicio de sucesión.

Esta circunstancia permite también que se decrete la petición tercera de la demanda, ya que ella se circunscribe a la restitución de la herencia de que están en posesión los demandados, o mejor, de la cuota que corresponde al actor en su carácter de legitimario, y no de determinados bienes en concreto. En otros términos: la aceptación de la herencia implica la posesión legal de ella que se adquiere con la delación (Código Civil, artículo 759) y sólo se pierde con la repudiación o por el éxito de la acción de petición de herencia. Tratándose de una posesión universal como corresponde al derecho de herencia, y versando la solicitud sobre restitución de la cuota correspondiente, es pertinente decretar ésta, la cual conlleva, según se ha visto, el desplazamiento del derecho de los demandados de suceder a la causante

en aquella parte que de acuerdo con la ley pertenece al demandante. Se recuerda que el artículo 219 del Código Judicial dispone: "En las demandas sobre herencia, basta en general se reclamen los bienes del finado, o la parte o cuota que corresponda al demandante".

El artículo 1.323 del Código Civil, ordena que "a la restitución de los frutos y al abono de mejoras en la petición de herencia, se aplicarán las mismas reglas que en la acción reivindicatoria". El artículo 964 **ibídem** distingue respecto a frutos entre el poseedor de buena y de mala fé, obligando al segundo a la restitución de los percibidos desde que tuvo la cosa en su poder, y al primero, a la de los percibidos después de la contestación de la demanda, o mejor desde la notificación de su admisión como lo tiene dicho la doctrina de la Corte.

Se anota que el demandante tilda a los demandados de poseedores de mala fé, pero a renglón seguido la demanda solicita el pago de frutos desde su notificación, es decir que elimina el problema al respecto. Sinembargo, en este caso la Corte no puede hacer la condena en la forma solicitada, porque la demanda versa sobre una determinada cuota herencial y no sobre bienes concretos, como componentes de dicha cuota, de manera que no es posible saber cuáles serán los que vendrán a atender el pago de la legítima respectiva, una vez efectuada la partición.

Es claro que dentro del juicio de sucesión, al hacer valer el heredero legitimario su reconocimiento judicial, quedará amparado por lo dispuesto en el artículo 1.395, numeral 3º del Código Civil, y allí se le deberá hacer la adjudicación consiguiente, ya que para la aplicación de tal precepto es indiferente el momento en que interviene el asignatario a título universal. Por igual causa, tampoco versará la condena sobre acrecimientos de los bienes (C. C. Art. 1.322).

Para terminar debe anotarse que la acumulación de la acción de declaración del estado de padre natural y la de petición de herencia es procesalmente admisible, pues no se oponen, sino que, por el contrario, se complementan generalmente, como ocurre en el caso de la declaración de filiación por parte del hijo, de modo que la demanda no ofrece reparo formal por este motivo.

El proveimiento sobre las pretensiones principales excluye el examinar las subsidiarias, por razones obvias.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el diez y seis de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, REVOCA la proferida por el Juzgado Sexto Civil de este Circuito el 31 de julio de 1956, y en su lugar resuelve:

1º El doctor Clemente Montañés Cote es heredero legitimario de la señora Sara Julia Montañés, en su condición de padre natural de ésta.

2º. En consecuencia, el doctor Clemente Montañés Cote tiene derecho a su legítima rigurosa en la herencia de su finada hija, Sara Julia Montañés.

3º. Los herederos testamentarios doctores Roberto J. Barreto y Juan de la Cruz Guerra Galindo y señor Manuel Antonio González V., están obligados a restituír al doctor Clemente Montañés Coté dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la cuota herencial correspondiente a la legítima rigurosa expresada.

4º. En cuanto a acrecimiento y frutos se estará a lo prevenido en la parte motiva de esta sentencia.

5º. El ochenta por ciento de las costas de la primera instancia, son de cargo de los demandados, pues no todas las solicitudes prosperaron (Decreto número 243 de 1951, artículo 2º); sin costas en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 154 DE 1957, —QUE SUPRIMIO EL LIBRO DE CAUSAS MORTUORIAS—, TANTO LA PARTICION DE LOS BIENES DE UNA SUCESION COMO LA SENTENCIA APROBATORIA DE LA MISMA, DEBEN INSCRIBIRSE EN EL LIBRO NUMERO 1º, SEGUN LAS REGLAS GENERALES ESTABLECIDAS EN EL CODIGO CIVIL. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 38 DE LA LEY 57 DE 1887. — TECNICA DEL ERROR DE DERECHO

1.—De acuerdo con los artículos 2.654, numeral 6º del 2.652 del Código Civil y 38 de la Ley 57 de 1887, tanto la partición de los bienes de una sucesión como la sentencia aprobatoria de la misma, se debían inscribir en el libro de causas mortuorias, hasta cuando entró a regir el Decreto Legislativo número 154 de 26 de julio de 1957, que suprimió este libro y dispuso que tales actos se inscribieran en el libro número 1º. según las reglas generales establecidas en el Código Civil.

De tal suerte que mientras estuvo vigente la norma del artículo 38 de la Ley 57, quien pretendiera hacer valer en juicio la adjudicación de un inmueble hecha en una partición de bienes sucesorales, debía presentar la copia autorizada de la partición y de la sentencia aprobatoria, con la nota de inscripción en el libro de causas mortuorias de la Oficina de Registro correspondiente. Si el título aducido carecía de esta inscripción o aparecía con una verificada en libros diferentes no prestaba en general mérito probatorio, según el principio consagrado en los artículos 2.673 del Código Civil y 630 del Código Judicial, el último de los cuales es terminante en el sentido de que el registro debe haberse hecho "en la forma debida".

2.—El artículo 38 de la Ley 57 de 1887 no hacía distinción de ninguna clase en cuanto al título por el cual se verificaba la adjudicación de los bienes en la partición de una sucesión por causa de muerte, para que obligara o no su registro en el libro de causas mortuorias. Se limitó a establecer la regla general de que debían inscribirse en tal libro los títulos que tuvieran origen en un juicio de sucesión.

3.—No es posible atacar al mismo tiempo por error de hecho y de derecho la apreciación de determinada prueba, como lo tiene dicho en forma repetida la Corte. Y también, porque si de error de derecho se trata es necesario señalar la norma probatoria infringida y su incidencia en una norma sustancial.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Salazar).

Emilio, Leonilde y Avelina Bolaños, obrando en calidad de representantes de la sucesión intestada de Vicenta Hurtado viuda de Bolaños, demandaron a Isaías Otero D., ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Silvia, para que mediante el trámite de un juicio ordinario se declarara que pertenece a la sucesión referida el lote de terreno situado en la vereda de Camojó, en jurisdicción del mismo municipio, determinado por los linderos que allí se relacionan; y que como consecuencia de esta declaración, el demandado debe restituírlo, junto con los frutos civiles y naturales.

Apoyaron estas peticiones en los hechos que se resumen así: En la partición de los bienes sucesorales de Carlos Bolaños se le adjudicó a la cónyuge sobreviviente Vicenta Hurtado viuda de Bolaños, por concepto de gananciales, el potrero denominado El Mangón, del cual hace parte el lote objeto de la demanda, según aparece de la hijuela que se le formó, tomada del juicio de sucesión que fue protocolizado por la escritura número 108, de 4 de julio de 1918 en la Notaría de Silvia. El demandado Otero es el poseedor material del citado lote, sin que tenga título alguno de propiedad. Los demandantes son hijos legíti-

mos de Vicenta Hurtado viuda de Bolaños, quien falleció el 25 de septiembre de 1921, y su juicio de sucesión se abrió en el mismo Juzgado de Silvia, sin que se haya verificado la partición de los bienes, entre los cuales se encuentra el bien objeto de la demanda.

El demandando se opuso a las pretensiones de la parte actora, manifestó que el lote cuya reivindicación se demanda lo adquirió por compra a Adriano y Filomena Bolaños según las escrituras número 13 de 31 de enero de 1928 y número 4 de 17 de enero de 1935, ambas de la Notaría de Silvia y propuso las excepciones de prescripción ordinaria y extraordinaria adquisitiva de dominio del lote relacionado en la demanda. En la misma contestación denunció el pleito a los citados vendedores Adriano y Filomena Bolaños.

El Juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia por sentencia de 6 de diciembre de 1956 declarando no probadas las excepciones propuestas, reconociendo el derecho de dominio del inmueble determinado en la demanda a favor de la sucesión de Vicenta Hurtado viuda de Bolaños y condenando al demandado Otero a restituírlo a dicha sucesión y absolviéndolo del cargo de poseedor de mala fé, por lo que se negó la súplica relacionada con el pago de los frutos.

Interpuso recurso de apelación contra este fallo el demandado, que resolvió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán por sentencia de 18 de febrero de 1958 por la que revoca el fallo de primer grado y absuelve al demandado de todos los cargos. Para llegar a esta decisión el Tribunal encontró que el título de propiedad presentado por la parte actora sobre el inmueble materia de la reivindicación carecía de la inscripción en el libro de causas mortuorias, por lo que no hacía fé, o mejor, no prestaba mérito probatorio, según la norma consagrada en el artículo 2.663 del Código Civil.

Dijo así el Tribunal: "En el caso de autos y según el certificado de la Oficina de Registro del Circuito de Silvia, de fecha 17 de junio de 1954, folios 8 a 10, la escritura pública número 108 de 4 de julio de 1918, de la Notaría de ese mismo Circuito, fue registrada el 2 de octubre de ese año (1918) en el Libro I, Partida 71, folios 400 a 407, junto con la respectiva sentencia aprobatoria de la partición, dictada por el Juzgado de ese Circuito con fecha 19 de junio de 1918.

"Según dicho certificado, dicha escritura fue registrada en el Libro número I, pero no en el libro de causas mortuorias. Por tratarse de una escritura por medio de la cual se protocolizaron las diligencias aprobadas de división y partición de bienes de la sucesión testada del señor Carlos Bolaños, o sea un título originado en un juicio de sucesión, ha debido inscribirse en el libro de causas mortuorias, tal como lo preceptúa el artículo 38 de la Ley 57 de 1887".

LA DEMANDA DE CASACION

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación la parte actora, el que fue concedido y tramitado debidamente.

Dos cargos formula el recurrente. En el primero afirma que la sentencia de segunda instancia es "violatoria del artículo 38 de la Ley 57 de 1887, del artículo 2.673 del Código Civil y de los artículos 1º y 2º del Decreto-Ley número 154 de 1957".

Por lo que hace a la primera de las normas citadas sostiene que la hijuela que se le formó a la cónyuge sobreviviente Vicenta Hurtado viuda de Bolaños, por concepto de gananciales, en la partición de los bienes sucesorales de Carlos Bolaños, no debía ser inscrita en el Libro de causas mortuorias, ya que en tal libro se registran "las adjudicaciones hechas a título de heredero del causante, pero no respecto de la adjudicación al cónyuge sobreviente por concepto de gananciales en una sociedad conyugal disuelta".

De allí que, sigue afirmando el recurrente, al establecer el artículo 2.673 del Código Civil que "ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace 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 relacionarlo con el artículo 38 mencionado, se deben precisar dos cosas: si es obligatorio el registro de la adjudicación de gananciales en una sociedad conyugal disuelta en el libro de causas mortuorias y si dicha norma está vigente. Por lo que hace a lo primero, sostiene que tal registro no es procedente, como antes lo expuso; y que, conforme al decreto número 154 de 1957, que suprimió el libro de causas mortuorias, "los instrumentos que no lo llenaron, por no haber violado la ley al respecto, conservan su plena validez".

Concluye el cargo con estos conceptos:

"Al obrar, como obró el Tribunal sentenciador (se refiere a lo afirmado por el Tribunal de que

la copia de la hijuela presentada no presta mérito probatorio por la falta del registro en el libro de causas mortuorias), incurrió en errónea intepretación de la ley, o sean, las normas sustantivas citadas al formular el cargo, la que proviene del equivocado concepto que de ellas tiene, interpretación que, necesariamente, lo condujo a su violación. En el caso contrario, el Tribunal, aceptando la validez del registro del título y su consecuencia, la tradición del dominio, base de la acción reivindicatoria, por no ser necesario el registro especial en el libro de causas mortuorias, habría tenido que confirmar, en lo esencial, la sentencia de primer grado, ya que los otros elementos de la acción se hallaban y se hallan plenamente acreditados.

"Por lo expuesto, el Tribunal sentenciador, al proferir el fallo recurrido, no sólo violó las disposiciones sustantivas comentadas, sino también las de los artículos 946, 947, 950, 952, 961 y 974; 756 y 765; 1.011; 1.398; 1.774; 1.820 y 1.821; 2.652, 2.653, 2.654 y 2.662, todos del Código Civil. Esta última conclusión quedará reafirmada al fundamentar el cargo siguiente:

"En síntesis: El Tribunal sentenciador, al estimar en la sentencia objeto del recurso, que era legalmente necesario el registro en el libro de causas mortuorias de la escritura número 108 de 4 de julio de 1918, de la Notaría de Silvia, en la que figura la hijuela de Vicenta Hurtado viuda de Bolaños, por concepto de sus gananciales y de gastos, para acreditar o probar la tradición a su favor del dominio de los bienes inmuebles especificados. y al desestimar el registro del mismo instrumento en el Libro 1º y en el libro de sentencias, es decir, de la partición de bienes y de la sentencia aprobatoria de la misma, cometió un error de derecho, ya que ello implica una falsa noción de la ley a la luz de la cual se examina esa prueba. Error que lo llevó a violar las disposiciones sustantivas citadas".

Se considera:

1. El cargo así redactado carece de técnica, tanto porque no expresa la causal en que lo apoya, como porque involucra los conceptos de violación directa e indirecta.

En realidad, el recurrente formula en esta parte de la demanda dos cargos contra el fallo del Tribunal, con base en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial. El primero sería de violación directa, por aplicación indebida, del artículo 38 de la Ley 57 de 1887, por cuanto el sentenciador exigió la inscripción en el libro de causas mortuorias para un título que no la exige tal norma; y el segundo, de violación indirecta del mismo precepto y de las que consagran la acción reivindicatoria, por haberle negado el valor de plena prueba a la copia de la hijuela que expidió el Notario de Silvia, tomada del juicio de sucesión de Carlos Bolaños y que se peresentó al presente juicio como título de propiedad del inmueble cuya reivindicación se demanda, error de derecho que llevó al Tribunal a negar la reivindicación solicitada.

Así entendida la demanda de casación, se procede a su estudio.

2. Dispone el artículo 654 del Código Civil que si por un acto de partición se adjudicaren a varias personas los inmuebles o parte de los inmuebles que antes se poseían **proindiviso**, el acto de partición, en lo relativo a cada inmueble o a cadà parte adjudicada, se registrará en la oficina u oficinas del Circuito o Circuitos a que por su situación corresponda o se extienda el inmueble o la parte de él de que se ha hecho adjudicación a cada partícipe o divisionario.

Además, el numeral 6º del artículo 2.652 de la misma obra, ordena que se deben inscribir las sentencias o aprobaciones judiciales de la partición de la herencia, especialmente las que versaren sobre bienes inmuebles.

Y el artículo 38 de la Ley 57 de 1887 establecía que en las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados se debía llevar un libro titulado de registro de causas mortuorias "para la inscripción de todos los títulos o actos que, conforme a las leyes vigentes, deben inscribirse en los libros números 1º y 2º y que tengan origen en un juicio de sucesión".

De acuerdo con estas normas, expresas y claras, tanto la partición de los bienes de una sucesión como la sentencia aprobatoria de la misma, se debían inscribir en el libro de causas mortuorias, hasta cuando entró a regir el Decreto Legislativo número 154 de 26 de julio de 1957, que suprimió este libro y dispuso que tales actos se inscribieran en el libro número 1º, según las reglas generales establecidas en el Código Civil.

De tal suerte que mientras estuvo vigente la norma del artículo 38 de la Ley 57, quien pretendiera hacer valer en juicio la adjudicación de un inmueble hecha en una partición de bienes sucesorales, debía presentar la copia autorizada de la partición y de la sentencia aprobatoria, con la nota de inscripción en el libro de causas mortuorias de la Oficina de Registro corespondiente. Si

el título aducido carecía de esta inscripción o aparecía con una verificada en libros diferentes no prestaba en general mérito probatorio, según el principio consagrado en los artículos 2.673 del Código Civil y 630 del Código Judicial, el último de los cuales es terminante en el sentido de que el registro debe haberse hecho "en la forma debida".

3. En el presente juicio la parte actora ha presentado como título de propiedad del inmueble que pretende reivindicar la copia de la hijuela que se le formó a la cónyuge sobreviviente Vicenta Hurtado viuda de Bolaños en el juicio de sucesión de Carlos Bolaños, con la nota de inscripción de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Circuito de Silvia, nota según la cual la sentencia aprobatoria de la partición y la partición misma se inscribieron en el libro número 1º, bajo las partidas 3 y 131, con fechas 22 de junio y 21 de julio de 1918, respectivamente. No aparece la constancia de que fueran inscritas en el libro de causas mortuorias.

Como para la época en que la partición y la sentencia aprobatoria de la misma fueron llevadas a la Oficina de Registro para su inscripción, así como cuando fueron traídas en copia a este juicio —el 5 de octubre de 1955— era obligatorio el registro de tales instrumentos en el libro de causas mortuorias y no se llenó este requisito, no prestan mérito probatorio respecto del carácter de dueño que pretende la parte actora sobre el bien a que se refiere.

No incurrió, por tanto, el Tribunal sentenciador en indebida aplicación del artículo 38 de la Ley 57 de 1887, ya que el título presentado sí debió registrarse en el libro de causas mortuorias, por haber tenido origen en un juicio de sucesión como lo prescribe tal norma. Ni error de derecho, al apreciar la misma prueba. puesto que las normas probatorias sobre instrumentos públicos, para darles el valor de plena prueba, requieren que lleven la nota de registro en la forma exigida por la ley, lo que no cumple la hijuela aducida por la parte actora.

4. Sostiene el recurrente que por cuanto la adjudicación del bien material de la demanda se le hizo a la cónyuge Vicenta Hurtado viuda de Bolaños por concepto de gananciales en la sociedad conyugal formada por el matrimonio con su difunto marido Carlos Bolaños, y no a título de heredera, no era obligatorio registrar su hijuela en el libro de causas mortuorias.

El artículo 38 de la Ley 57 de 1887 no hacía distinción de ninguna clase en cuanto al título por el cual se verificaba la adjudicación de los bienes en la partición de una sucesión por causa de muerte, para que obligara o no su registro en el libro de causas mortuorias. Se limitó a establecer la regla general de que debían inscribirse en tal libro los títulos que tuvieran origen en un juicio de sucesión, y como la adjudicación que se le hizo a la citada señora Hurtado viuda de Bolaños tuvo su origen en el juicio de sucesión de su difunto marido, debió hacerla registrar en el citado libro.

Es claro que si la adjudicación de bienes por concepto de gananciales en la sociedad conyugal se hubiera hecho, ver. gr., en un juicio de separación de bienes, de que trata el Título XX del Libro 2º del Código Judicial, no obligaba su inscripción en el libro de causas mortuorias, por no tener origen en un juicio de sucesión.

5. El argumento que expone el recurrente de que por haber suprimido el libro de causas mortuorias el Decreto Legislativo número 154 de 1957, los títulos para los cuales obligaba la inscripción en ese libro y que quedaron sin cumplir tal formalidad, ahora tienen plena fuerza probatoria, carece de asidero legal porque como es bien sabido la forma de los actos jurídicos está sometida a la ley de la época de su celebración y la prueba de los mismos "está subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere" (artículo 39 de la Ley 153 de 1887), por lo que la hijuela presentada como título de propiedad debía llenar la exigencia de la inscripción en el libro de causas mortuorias, tanto porque cuando se registró la partición como cuando fue traída la copia de este proceso regía el artículo 38 de la Ley 57 de 1887.

A este respecto ha dicho la Corte: "Desde el punto de vista de la calidad de instrumento público y de la admisibilidad y fuerza del mismo como elemento probatorio, apenas habrá de observarse que el registro de los documentos para los cuales la ley lo exige, siempre ha de ser anterior, en cuanto al aducirse como base de tales o cuales pretensiones ha de presentarse ya inscrito. Así, como es obvio, siempre la inscripción será previa". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXV, 699).

* * *

En el segundo cargo, el recurrente acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 756 y 765;

946, 947, 950, 952, 961 y 964; 1.010 y 1.011; 1.398; 1.774, 1.820 y 1.821, 2.641, 2.652, 2.653, 2.654 y 2.612 del Código Civil.

Después de hacer una síntesis de lo que las anteriores normas consagran, el recurrente dice: "El Tribunal sentenciador cometió error de hecho y de derecho, al declarar en la sentencia recurrida que "no se ha probado por los medios de convicción que la ley exige, el derecho de dominio de la parte actora" y concluír que ello "conlleva el fracaso de la acción". Error de hecho, por cuanto ese derecho de dominio sí está acreditado plenamente en el proceso con la copia auténtica de la escritura pública número 108 de 4 de julio de 1918, de la Notaría de Silvia y las certificaciones de los registros correspondientes. Y error de derecho por cuanto partió de una falsa noción de la ley a través de la cual analizó y valoró esa misma prueba. Hubo errónea interpretación e indebida aplicación".

Se considera:

También este segundo cargo se resiente de falta de técnica, ya que no es posible atacar al mismo tiempo por error de hecho y de derecho la apreciación de determinada prueba, como lo tiene dicho en forma repetida la Corte. Y también, porque si de error de derecho se trata es necesario señalar la norma probatoria infringida y su incidencia en una norma sustancial.

Como de la lectura del cargo se deduce que el recurrente lo hace consistir en que el sentenciador valoró mal la copia de la hijuela que se le formó a la cónyuge sobreviviente Vicenta Hurtado viuda de Bolaños y que fue presentada como prueba del derecho de dominio del inmueble objeto de la acción reivindicatoria, nada hay que agregar a cuanto se dijo al analizar el primer cargo, ya que este segundo es repetición de aquél. Por lo tanto tampoco puede prosperar.

DECISION:

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 de dieciocho (18) de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en el presente juicio.

Costas en el recurso de casación a cargo de la parte recurrente.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

DISPOSICIONES QUE AUTORIZAN LA PRACTICA DE PRUEBAS EN LA SEGUNDA INSTANCIA Y ORIGEN DE TALES PRECEPTOS. — EL PRINCIPIO DEL HECHO NUEVO, COMO OPORTUNIDAD PARA RECIBIR A PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA, NO PUEDE CONSIDERARSE AISLADAMENTE DE LA CAUSA PETENDI, O SEA DE QUE LA DEMANDA HA DE CONTENER LOS HECHOS EN QUE SE APOYA. — SU FINALIDAD Y TRASCENDENCIA. — EN EL EVENTO DEL ART. 1º, NUM. 3º DEL DECRETO 0243 DE 1951, NO ES POSIBLE RECIBIR A TITULO DE PRUEBA DOCUMENTOS QUE SE CONFECCIONAN LUEGO DEL FALLO DE PRIMER GRADO CON LA APARENTE FINALIDAD DE ACLARAR EL FUNDAMENTO DE LA PRETENSION, PERO QUE REALMENTE VIENEN A MODIFICARLO.—CON EL REGISTRO DEL JUICIO MORTUORIO, EL DERECHO HEREDITARIO EN RELACION CON LOS BIENES ADJUDICADOS EN LA PARTICION, SE TRANSFORMA EN DERECHO DE DOMINIO. — ERROR DE HECHO. — EL COADYUVANTE SIMPLE NO ES DEMANDANTE, Y LA COADYUVANCIA DEL VENDEDOR EN PLEITO DEL COMPRADOR ES UN TIPO DE COADYUVANCIA SIMPLE Y NO LITIS CONSORCIAL. — LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA SOLO LA TIENE EL QUE PROBARE SU DERECHO A UNA HERENCIA OCUPADA POR OTRA PERSONA EN CALIDAD DE HEREDERO

1.—Es cierto que el Decreto número 243 de 1951 dice que en la apelación de sentencias dictadas en juicios ordinarios puede concederse término probatorio, a petición de parte, cuando a su pronunciamiento por el inferior precedió un término de esta clase, pero sólo en los casos que en seguida enuncia, entre los cuales se halla el distinguido con el número 3 que dice: "Cuando ha ocurrido algún hecho nuevo de influencia en la decisión con posterioridad al término para pedir la práctica de pruebas en la primera instancia".

Esta oportunidad para solicitar pruebas en el transcurso de la segunda instancia, se encuentra igualmente autorizada para los procesos especiales y para la apelación de los autos interlocutorios en el artículo 505 del Código Judicial que entroniza la posibilidad de pruebas en tal momento, "cuando ha ocurrido algún hecho nuevo de influencia en la decisión con posterioridad al término de prueba surtido ante el inferior.

Tales disposiciones, según los doctrinantes, tienen su origen en preceptos de la ley de Enjuiciamiento Civil Española de 21 de junio de 1880, por lo cual son pertinentes las observaciones de su comentador más conocido entre nosotros, don José María Manresa y Navarro, quien opina:

"Como lo exige el buen orden en los procedimientos, el término de prueba es sólo para probar los hechos alegados en el debate; cerrado éste, con los escritos de réplica y dúplica, puede ocurrir algún hecho que sea de influencia notoria en el pleito, o llegar a noticia de la parte algún otro anterior con esta circunstacnia, de que antes no tuvo conocimiento; cuando esto ocurra, la equidad y la justicia exigen que se permita a la parte interesada alegar y justificar esos hechos, como se ha permitido siempre" (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III, Pág. 285).

El doctor Antonio J. Pardo en su "Tratado de Derecho Procesal Civil", expresa: "No puede considerarse como hecho nuevo el conocimiento que haya tenido una de las partes, con posterioridad al término probatorio de la primera instancia de la existencia de un documento de trascendencia en la litis para demostrar la acción o la defensa, pues en rigurosa lógica el hecho nuevo consitiría en el cnocimiento que tiene el litigante de la prueba, mas no en la prueba misma. Además, si se tiene en cuenta, según se expuso atrás, que el artículo 505 del Código Judicial, fue tomado en parte del 862 del Código de Enjuiciamiento Civil de España, precepto éste en que de manera expresa se

contempla el caso de la aparición de un documento, con posterioridad al término probatorio de la primera instancia como motivo para que la parte pueda pedir la apertura a prueba ante el Juez ad-quem, lógicamente debe concluírse que, si el legislador colombiano no comprendió en el artículo 505 esa situación, fue porque no quiso que dicha ocurrencia sirviera de fundamento para la obtención del término probatorio en la segunda instancia" (Pág. 213, Tomo III).

Y es evidente dentro de la lógica jurídica, que si el término probatorio, excepcional en estos casos, no puede estar destinado siquiera para que se alleguen documentos que tiendan a demostrar la acción o la defensa, con más veras no será posible recibir a tal título aquéllos que se confeccionan luégo del fallo de primera instancia con la aparente finalidad de aclarar el fundamento, de la pretensión, pero que realmente vienen a modificar dicho fundamento de modo que el hecho puede ser nuevo pero carece de influencia en la decisión porque pretende modificar las bases del litigio.

Y es que el principio del hecho nuevo, como oportunidad para abrir a prueba en segunda instancia, no puede considerarse aisladamente de la causa petendi, o sea de que la demanda ha de contener los hechos en que se apoya, a fin de que el juzgador sepa "por qué litigan" las partes, así como el pétitum responde al interrogante "sobre qué litigan" y los sujetos activo y pasivo del proceso precisan "quiénes litigan".

La trascendencia del señalamiento de los hechos o afirmaciones de tal naturaleza en la demanda, es fundamental por dos aspectos: a). Porque el demandante expresa el motivo que lo induce a litigar y, por tanto, circunscribe el campo en que pide llamar al demandado a responder, en forma que éste se encuentra constreñido a presentarse sólo para debatir aquellos puntos que figuran delimitados en el libelo. De otra manera, tendría que responder de situaciones para las cuales no se le ha llamado, y en esta parte vendría a juzgársele sin haber sido citado, contrariando principios superiores de derecho. b). Porque los hechos indicados como causa de la demanda son el objeto de la prueba por parte del actor, de manera que aquellos que allí no figuran o que no inciden en los relacionados en la demanda son inconducentes, y es sabido que toda decisión judicial debe recaer sobre los hechos comprobados de la demanda y la defensa, como lo tiene establecido el artículo 593 del Código Judicial.

Por ende, si en la demanda se invoca determinado título para respaldar la pretensión, posteriormente so pretexto de hecho nuevo, no es admisible tratar de incorporar al proceso otro título diverso que no fue aducido como base de la controversia, porque se variaría el terreno en el cual se encuentra el demandado y se cambiaría la causa de la demanda.

2.—Uno de los casos de error de hecho tiene lugar cuando se considera probado un hecho por haberse ignorado la existencia en el proceso de un medio de prueba que demuestra de manera evidente que ese hecho no existió.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación propuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 10 de abril de 1958, en el juicio ordinario promovido por Esmaragdo Gómez frente a Luis Alfredo y Antonio Quiroga.

ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, Esmaragdo Gómez O. demandó a Luis Alfredo y Antonio Quiroga para que se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª. Que Carlos Julio Hernández es único heredero, con derecho de suceder, a su hija Orosia Hernández, a título de padre legítimo, y por consiguiente excluye a todo otro presunto heredero;

2ª. Que Carlos Julio Hernández tiene mejor derecho a suceder a Orosia Hernández en el dominio de todos sus bienes y en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, que Luis Alfredo y Antonio Quiroga, "hermanos naturales de Orosia".

3ª. Que Esmaragdo Gómez "es causahabiente de Carlos Julio Hernández en cuanto le transfirió por escritura 1.030 de octubre 15 de 1948

de la Notaría Sexta de Bogotá, la propiedad, posesión y dominio y demás derechos que dijo tener el transferente en un lote de terreno junto con tres piezas de habitación, construídas de adobe, techadas con teja de barro y zinc, situada en el barrio de Santander, marcado con los números 17-81 Sur y 17-87 Sur, de la carrera 27 Sur de esta ciudad entre las calles 17 y 18 Sur, comprendido dentro de los siguientes linderos (aquí ellos)... y por consiguiente dicho señor Gómez tiene derecho a que se le adjudique y entregue real y materialmente junto con sus frutos percibidos por los señores Luis Alfredo y Antonio Quiroga, o con los que hubieren podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, o según el avalúo de peritos, y junto con todos sus usos, costumbres y servidumbres en relación con dicho inmueble".

4ª. Que en virtud de lo dicho en las peticiones anteriores se condene a Luis Alfredo y Antonio Quiroga a restituir a Esmaragdo Gómez el inmueble alindado en la petición 3ª; y que la restitución de los frutos civiles debe hacerse a partir del 25 de octubre de 1946, "fecha del auto en que se reconoció como heredero a Carlos Julio Hernández en la sucesión de Orosia Hernández Quiroga que cursó en el Juzgado Segundo Civil de este Circuito, o durante el tiempo que estime el juzgador ,a razón de $ 150.00 mensuales o lo que avalúen peritos, anotando que los demandados son poseedores o tenedores de mala fé";

5ª. Que se decrete la cancelación del decreto de posesión efectiva de la herencia que dictó el Juzgado Octavo Civil de este Circuito a favor de Luis Alfredo y Antonio Quiroga el 13 de junio de 1946 "y que ellos obtuvieron en la sucesión de su hermana natural Orosia Hernández Quiroga, como también de cualquier otro documento"; y en cambio que se decreten las inscripciones respectivas a efecto de que aparezca en cabeza del demandante el dominio del inmueble alindado en la petición 3ª "o de ratificar el registro del mismo en la oficina de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad, según las inscripciones visibles en la escritura número 1.030 acompañada a este libelo";

6ª. Que se condene en las costas del juicio a los demandados si hay oposición.

Las afirmaciones de la demanda pueden resumirse como sigue:

a) Carlos Julio Hernández y Praxedis Quiroga fueron casados, como se comprueba con las declaraciones respectivas. y de este matrimonio nació Orosia Hernández Quiroga el 30 de marzo de 1924, por lo cual ella estuvo "bajo la patria potestad de sus progenitores por ser hija legítima de ellos todo lo cual fue del dominio público, de sus relacionados, amigos y vecinos".

b) Praxedis Quiroga, en 1929 adquirió de Emilio Vilamil Fajardo el inmueble referido en la demanda, el cual vendió a Orosia Hernández Quiroga, representada por el mismo Villamil Fajardo. según escritura número 3.014 de 12 de noviembre de 1937 pasada en la Notaría Cuarta de Bogotá.

c) Orosia Hernández Quiroga falleció soltera el 23 de febrero de 1944. sin dejar descendencia legítima ni natural y no hizo testamento.

d) Praxedis Quiroga de Hernández murió con anterioridad a su hija.

e) Carlos Julio Hernández, en octubre de 1946 demandó a la sucesión de su hija ante el Juzgado Segundo Civil de este Circuito, y el Juzgado dictó sentencia favorable al demandante.

f) Carlos Julio Hernández adelantó el juicio de sucesión de su hija Orosia Hernández Quiroga y lo protocolizó por escritura número 359 de 12 de agosto de 1947 de la Notaría Sexta de Bogotá.

g) Por escritura número 1.030 de 15 de octubre de 1948, Carlos Julio Hernández "transfirió el dominio al señor Esmaragdo Gómez O., quien es el actual titular del derecho por la venta del inmueble adjudicado a Carlos Julio Hernández como heredero de su hija Orosia Hernández".

h). Luis Alfredo y Antonio Quiroga adelantaron también otro juicio de sucesión de su hermana natural Orosia Hernández Quiroga ante el Juzgado Octavo Civil de este Circuito, el que dictó a favor de aquéllos, el 13 de junio de 1946, decreto de posesión efectiva de la herencia.

i) Esmaragdo Gómez promovió juicio para la entrega del inmueble que le transfirió Carlos Julio Hernández por medio de la escritura arriba citada, contra Luis Alfredo y Antonio Quiroga, quienes se opusieron; el pleito fue fallado en contra del actor por el Tribunal Superior de Bogotá.

j) Los demandados son poseedores de mala fé del inmueble, y están gozando de éste con fundamento en ser herederos de mejor derecho que el actor.

Cita la demanda como fundamentos de derecho, entre otros, el Título VII, Capítulo IV del Libro III del Código Civil, y agrega que muerta Praxedis Quiroga "el único heredero y sucesor de los

bienes dejados por la causante Orosia Hernández es su padre legítimo Carlos Julio Hernández...".

Admitida la demanda, el mismo apoderado, haciendo valer el poder que conjuntamente le confiriera el demandante y Carlos Julio Hernández, el último de los cuales lo autorizó para que "coadyuvara la susodicha demanda como vendedor que fuí del mencionado inmueble...", solicitó se reconociera a Hernández como coadyuvante, por lo cual fue admitido por el Juzgado en dicho carácter en auto de 30 de septiembre de 1954.

Los demandados no contestaron el libelo, y la primera instancia terminó con sentencia de 14 de junio de 1956, que declaró probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, absolvió a los demandados de los cargos formulados en ella y condenó en costas a la parte actora.

Esta recurrió en apelación, y el Tribunal, previo término probatorio a que luégo se hará referencia, revocó la sentencia de primer grado, y en su lugar declaró a Carlos Julio Hernández como heredero de mejor derecho de Orosia Hernández Quiroga en calidad de padre legítimo de ésta, y por tanto que dicho señor excluye a los hermanos naturales de la causante Luis Alfredo y Antonio Quiroga; reconoció a Esmaragdo Gómez O. como "cesionario de Carlos Julio Hernández en los derechos y acciones que se relacionan en las escrituras públicas números 1.030 de 15 de octubre de 1948 y 1.893 de 31 de julio de 1956, ambas de la Notaría Sexta de Bogotá; condenó a los demandados Quiroga a restituír "a Carlos Julio Hernández, en la persona de Esmaragdo Gómez O., los bienes de la sucesión de Orosia Hernández Quiroga... vinculados en el inmueble materia de la demanda, así como a pagarle los frutos civiles a razón de $ 65.00 mensuales a partir de la "notificación de la demanda (agosto de 1954), con derecho a que les abone el actor las expensas necesarias y las mejoras útiles conforme a la ley"; por último, decretó la cancelación del decreto de posesión efectiva de la herencia a favor de los Quirogas, de fecha 16 de julio de 1947, y ordenó registrar la sentencia en los libros correspondientes. Hizo condena en las costas de ambas instancias a favor del demandante y a cargo de los demandados.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal, después de compartir el concepto del Juez en relación con que la acción intentada es la de petición de herencia, ya que el demandante pretende se reconozca a Carlos J. Hernández mejor derecho que los demandados en la sucesión de Orosia Hernández, a título de padre legítimo, y que se condene a éstos a entregarle el inmueble que le transfirió dicho señor por escritura 1.030 de 1948, con sus frutos y accesorios y con que el actor no ocupa el lugar del heredero, por lo cual carece de dicha acción, considera que en virtud de que en la segunda instancia se abrió el asunto a prueba y se aportó en dicha forma copia de la escritura número 1.893 de 31 de julio de 1956 de la Notaría Sexta de Bogotá, aclaratoria de la anterior, con "esta prueba cambia sustancialmente el problema sub judice, toda vez que tal título confiere al actor Gómez O. el derecho de pedir para su tradente Hernández las declaraciones suplicadas en la demanda. Porque la declaración de la venta hecha por éste a aquél viene a puntualizar con toda exactitud que lo enajenado primeramente por la escritura número 1.030 de 1948, no fue otra cosa que los derechos y acciones que a Hernández corresponden o puedan corresponder en la sucesión ya liquidada de su hija legítima Orosia, derechos que, por otra parte, están radicados exclusivamente en el inmueble que se ha dejado descrito y alindado, por haber sido éste el único patrimonio que dejó la causante, como así consta de la hijuela formada a favor de Hernández".

La sentencia encuentra que Carlos Julio Hernández es el padre legítimo de Orosia Hernández, luégo de analizar la prueba supletoria derivada de declaraciones que figuran en autos, y que, de acuerdo con la ley, era el titular del derecho sucesoral invocado, el cual pasó a Esmaragdo Gómez a través de la cesión de que da cuenta la escritura aclaratoria. De aquí concluye que siendo los Quirogas apenas hermanos naturales de Orosia, deben ceder su puesto al cesionario del padre legítimo, y ordena la restitución del inmueble y sus accesorios.

EL RECURSO

Con fundamento en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, se formulan cuatro cargos contra la sentencia, los cuales se pueden sintetizar así:

1º Violación directa del artículo 946 del Código Civil, pues no obstante que el demandante aparece como titular del derecho de dominio sobre determinado inmueble y le competía por tanto la

acción reivindicatoria y no la de petición de herencia, el fallo dejó de aplicar la norma en cita para aplicar el artículo 1.321 **ibídem** que gobierna la última acción mencionada, por lo cual quebrantó también éste por aplicación indebida, lo mismo que los artículos 948 y 950 del citado Código, el último por inaplicación.

La sentencia sostiene, dice el recurrente, que la escritura número 1.893 de 31 de julio de 1956 de la Notaría Sexta de Bogotá, aclaratoria de la 1.030 de 1948, cambió sustancialmente la faz del negocio, pues le dio personería al demandante para ejercitar la acción de petición de herencia, siendo así que el segundo de tales instrumentos contiene la venta de una cosa singular. después de liquidado el juicio de sucesión de la hija de Hernández, de modo que para aquella época no había derecho herencial que transmitir, sino derecho de dominio, que fue el que en realidad se transmitió.

2º. Error de hecho en la apreciación de la escritura 1.093 de 31 de julio de 1956 de la Notaría Sexta de Bogotá, pues el sentenciador la consideró como título suficiente de adquisición de derechos hereditarios a favor del demadante; y error de hecho y de derecho al desconocer el fallador la sentencia aprobatoria de la partición dictada dentro del juicio de sucesión de Orosia Hernández que adelantó Carlos Julio Hernández, ya que de ella se deduce que éste adquirió determinado inmueble, que fue el que transmitió a Gómez y no derecho hereditario alguno, que precisamente dejó de serlo al registrarse tal sentencia. Consecuencialmente hubo violación de los artículos 750, 759, 946, 948, 1.401, 2.637, ordinal 1º y 2.652, ordinal 6º del Código Civil así como del 38 de la Ley 57 de 1857 (sic).

Finaliza el impugnador: la aclaración hecha a la escritura 1.030 de 1948 no modifica la naturaleza del derecho transferido; no obstante lo cual el Tribunal le asignó ese significado para reconocer personería activa a Gómez.

3º Violación de los artículos 396 a 399 del Código Civil. Dicha violación, por falta de aplicación, proviene de que las declaraciones aducidas dentro del juicio de sucesión de Orosia Hernández o Quiroga promovido por Carlos Hernández y en que no fueron partes los Quirogas, las cuales fueron trasladadas en copia a este proceso, y que sirvieron de base para que se reconociera a dicho señor la calidad de padre legítimo de la causante, no reunen los requisitos que tales normas establecen, ni versan sobre los hechos que ellas exigen, por la cual no acreditan ni el matrimonio de los padres ni el estado de Orosia como hija legítima de ellos. Por tanto hubo, conforme a la demanda de casación, error de derecho en la apreciación de los testimonios de Rosalbina Velásquez, Clímaco Solórzano, Ernestina Barrante de Ramírez y Carlos Oramas Prado que determinó la transgresión de los artículos 593, 601, 668 y 697 del Código Civil e indirectamente la de los preceptos sustanciales indicados, a más de los artículos 113, 115, 1.760 y 1.766 del Código Civil; 17 de la Ley 35 de 1888 y 2º de la Ley 95 de 1890.

4º. Interpretación errónea de la demanda, porque ésta en el fondo contiene acción reivindicatoria y no de petición de herencia y el Tribunal las confundió, con lo cual violó los artículos 757, 758, 946, 950 y 1.321 del Código Civil, el último por aplicación indebida y los restantes por falta de aplicación.

En este punto se repiten los argumentos dados en los dos cargos primeramente presentados, de modo que no es menester reproducir lo que allí se expuso sobre el particular.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por escritura número 1.030 de 1948 Carlos Julio Hernández dijo vender a Esmaragdo Gómez "la propiedad posesión y dominio que tiene el exponente en un lote de terreno junto con tres piezas de habitación, construídas de adobe, techadas con teja de barro y zinc, situado en el barrio de Santander, marcado con los números 17-81 S. y 17-87 S. de la carrera 27 Sur de esta ciudad, entre las calles 17 Sur y 18 Sur y comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el Norte, con el lote número 16; por el Oriente, con el lote número 17; por el Occidente, con el lote número 19, todos de la manzana B del plano respectivo; por el Sur, la carretera del Sur, hoy carrera 27".

Agrega el vendedor que dentro del mismo lote de terreno existe un algibe de agua "y la finca tiene sus desagües hacia la calle perfectamente corrientes que se incluyen en la venta con sus andenes y alcantarillados, y que las paredes que encierran el lote en la forma como se dejó expresado son divisorias. de propiedad de la finca que hoy vende por esta escritura".

Explica "que la finca antes alinderada con las piezas materia de esta venta la adquirió el exponente, por adjudicación que de ella le hicieron como único heredero en el juicio de sucesión de

su finada hija señora Orosia Hernández, el cual cursó en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, protocolizado en esta Notaría Sexta por escritura pública número 539 de fecha 12 de agosto de 1947, cuya copia de su hijuela debidamente registrada se tuvo a la vista".

Añade que "el inmueble objeto de la presente venta, no ha sido enajenado antes de ahora por el exponente"; y que hace entrega material al comprador "del lote de terreno, las piezas en él edificadas, las paredes, su aljibe, alcantarillado y andenes que por esta escritura le ha vendido con todas sus anexidades, dependencias, usos, costumbres y derechos de servidumbres activas".

Después de declarar recibido el precio, expresa que se obliga al saneamiento de esta venta en los casos de evicción y en los previstos por la ley.

El comprador, a su turno, declara: "Que acepta la presente escritura y la venta que por ella se le hace".

Esta escritura fue registrada en el Libro número 1º el 29 de octubre de 1948, y a su vez en certificado que obra en los autos, el Registrador de Bogotá dice que tal registro se encuentra vigente.

Por escritura número 1.893 de 31 de julio de 1956 de la citada Notaría Sexta de Bogotá, Carlos Julio Hernández expone: "Que por medio de la presente aclara la escritura número 1.030 de 15 de octubre de 1948 que en esta misma Notaría le otorgó al señor Esmaragdo Gómez Olarte, transfiriéndole todos sus derechos y acciones sobre el inmueble marcado con el número 17-81 y 17-87 Sur de la carrera 27 de esta ciudad, en el sentido de que como el único inmueble en que consistió la herencia de su legítima hija Orosia Hernández Quiroga y sin que hasta la fecha haya aparecido ningún otro bien, y aunque apareciera cualquier bien herencial o derecho, había quedado incluído dentro del precio de la venta, puesto que la intención real y verdadera entonces y ahora fue la de incluír los derechos que el exponente ha tenido en la sucesión de su nombrado hija, y por tanto hoy aclara en forma expresa que en dicha venta han quedado incluídos todos sus derechos y acciones como heredero de la causante Orosia Hernández Quiroga". Presente Esmaragdo Gómez dijo que aceptaba tal escritura por estar a su satisfacción.

Este instrumento fue allegado a los autos en el término probatorio de la segunda instancia, con fundamento en haber ocurrido un hecho nuevo con posterioridad al término probatorio de la primera, y como ya se dijo, sirvió de fundamento al Tribunal para deducir que el demandante es cesionario de los derechos hereditarios que le correspondían como padre legítimo de Orosia Hernández sobre el inmueble en cuestión.

En primer término se anota, que la escritura últimamente citada, tiene fecha posterior al fallo de primer grado, es decir, que se otorgó después de resuelta la litis por el Juez del Circuito, y en apariencia se dirige a obviar el obstáculo anotado por el Juzgado en relación con la carencia de personería del demandante para instaurar la petición de herencia.

Es cierto que el Decreto número 243 de 1951 dice que en la apelación de sentencias dictadas en juicios ordinarios puede concederse término probatorio, a petición de parte, cuando a su pronunciamiento por el inferior precedió un término de esta clase, pero sólo en los casos que en seguida enuncia, entre los cuales se halla el distinguido con el número 3 que dice: "Cuando ha ocurrido algún hecho nuevo de influencia en la decisión con posterioridad al término para pedir la práctica de pruebas en la primera instancia".

Esta oportunidad para solicitar pruebas en el transcurso de la segunda instancia, se encuentra igualmente autorizada para los procesos especiales y para la apelación de los autos interlocutorios en el artículo 505 del Código Judicial que entroniza la posibilidad de pruebas en tal momento, "cuando ha ocurrido algún hecho nuevo de influencia en la decisión con posterioridad al término de prueba surtido ante el inferior".

Tales disposiciones, según los doctrinantes, tienen su origen en preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 21 de junio de 1880, por lo cual son pertinentes las observaciones de su comentador más conocido entre nosotros, don José María Manresa y Navarro, quien opina:

"Como lo exige el buen orden en los procedimientos, el término de prueba es sólo para probar los hechos alegados en el debate; cerrado éste. con los escritos de réplica y dúplica, puede ocurrir algún hecho que sea de influencia notoria en el pleito, o llegar a noticia de la parte algún otro anterior con esta circunstancia, de que antes no tuvo conocimiento; cuando esto ocurra, la equidad y la justicia exigen que se permita a la parte interesada alegar y justificar esos hechos, como se ha permitido siempre" (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III, página 285).

El doctor Antonio J. Pardo en su "Tratado de Derecho Procesal Civil", expresa: "No puede considerarse como hecho nuevo el conocimiento que haya tenido una de las partes, con posterioridad al término probatorio de la primera instancia de la existencia de un documento de trascendencia en la litis para demostrar la acción o la defensa, pues en rigurosa lógica el hecho nuevo consistiría en el conocimiento que tiene el litigante de la prueba, mas no en la prueba misma. Además, si se tiene en cuenta, según se expuso atrás, que el artículo 505 del Código Judicial fue tomado en parte del 862 del Código de Enjuiciamiento Civil de España, precepto éste en que de manera expresa se contempla el caso de la aparición de un documento, con posterioridad al término probatorio de la primera instancia como motivo para que la parte pueda pedir la apertura a prueba ante el Juez **ad-quem,** lógicamente debe concluírse que, si el legislador colombiano no comprendió en el artículo 505 esa situación, fue porque no quiso que dicha ocurrencia sirviera de fundamento para la obtención del término probatorio en la segunda instancia" (Pág. 213, Tomo II).

Y es evidente, dentro de la lógica jurídica, que si el término probatorio, excepcional en estos casos, no puede estar destinado siquiera para que se alleguen documentos que tiendan a demostrar la acción o la defensa, con más veras no será posible recibir a tal título aquéllos que se confeccionen luégo del fallo de primera instancia con la aparente finalidad de aclarar el fundamento, de la pretensión, pero que realmente vienen a modificar dicho fundamento de modo que el hecho puede ser nuevo pero carece de influencia en la decisión porque pretende modificar las bases del litigio.

Y es que el principio del hecho nuevo, como oportunidad para abrir a prueba en segunda instancia, no puede considerarse aisladamente de la **causa petendi,** o sea de que la demanda ha de contener los hechos en que se apoya, a fin de que el juzgador sepa "por qué litigan" las partes, así como el **petitum** responde al interrogante "sobre qué litigan" y los sujetos activo y pasivo del proceso precisan "quiénes litigan".

La trascendencia del señalamiento de los hechos o afirmaciones de tal naturaleza en la demanda, es fundamental por dos aspectos: a). Porque el demandante expresa el motivo que lo induce a litigar y, por tanto, circunscribe el campo en que pide llamar al demandado a responder, en forma que éste se encuentra constreñido a presentarse solo para debatir aquellos puntos que figuran delimitados en el libelo. De otra manera, tendría que responder de situaciones para las cuales no se le ha llamado, y en esta parte vendría a juzgársele sin haber sido citado, contrariando principios superiores de derecho. b) Porque los hechos indicados como causa de la demanda son el objeto de la prueba por parte del actor, de manera que aquéllos que allí no figuran o que no inciden en los relacionados en la demanda son inconducentes, y es sabido que toda decisión judicial debe recaer sobre los hechos comprobados de la demanda y la defensa, como lo tiene esablecido el artículo 593 del Código Judicial.

Por ende, si en la demanda se invoca determinado título para respaldar la pretensión, posteriormente, so pretexto de hecho nuevo, no es admisible tratar de incorporar al proceso otro título diverso que no fue aducido como base de la controversia, porque se variaría el terreno en el cual se encuentra el demandado y se cambiaría la causa de la demanda.

La Corte ha dicho refiriéndose al punto que se analiza: "De conformidad con el artículo 205 del Código Judicial, los hechos básicos de la acción deben ir debidamente relacionados con la conveniente separación, claridad y precisión en sus componentes, porque alrededor de ellos va a girar todo el debate judicial y el diálogo probatorio, como quiera que tales hechos son los que sirven de fundamento al derecho invocado y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstacnias que los informan sobre la que habrá de rodar la controversia. Concretamente con esta regla procesal, indispensable para circunscribir el pleito, el artículo 593 del Código Judicial sienta la norma de derecho probatorio de 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" (LII, 808).

Por último expresó: "Los hechos expuestos en el libelo como fundamento de las pretensiones de la demanda forman parte integrante de la misma, a tal punto que, aunque por otros hechos fuera viable la pretensión de la demanda, si por los expuestos en el libelo la acción no puede prosperar, o si éstos no resultan probados..., la acción no puede prosperar, porque lo contrario equivaldría a apartarse de la demanda misma, con grave perjuicio del demandado,

quien podría resultar vencido sin haber sido oído en el juicio y de nada le aprovecharía entonces para su defensa, el traslado que de la demanda se le diera conforme a lo que dispone la ley procesal" (LXV, 280).

Dentro de los hechos de la demanda, ni en ninguna parte de ésta, resulta que el actor haya invocado como título o causa para pedir el ser cesionario de los derechos hereditarios de Carlos Julio Hernández en la sucesión de Orosia Hernández, lo cual implica que este punto quedó fuera de la litis, o sea que en la **causa petendi** no figuró incluída esta situación, que por primera vez se adujo ante el Tribunal con base en instrumento otorgado después de la sentencia del Juez. En la demanda se invocó como causa, ser dueño el actor de una determinada casa comprada a Carlos Julio Hernández por escritura 1.030 de 1948, de modo que sólo con esta base debía enfocarse la solución de la contención.

La exposición que precede se hace a título doctrinario, ante el inusitado proceder del Tribunal para encarar la extraña actitud del apelante. En realidad, debido a la falta de técnica de la demanda de casación sobre el particular, el aspecto que sirve de base para casar el fallo, es el que enseguida se compendia:

En el expediente obra copia registrada de la sentencia aprobatoria de la partición en el juicio de sucesión de Orosia Hernández adelantado por Carlos Julio Hernández, en el cual a éste le fue adjudicada la casa que luégo vendió a Esmaragdo Gómez, así como de la hijuela respectiva.

Tales piezas no fueron tenidas en cuenta por el sentenciador para deducir que no obstante la llamada escritura de aclaración, no existía en el momento en que la venta se produjo derecho herencial que transmitir, porque a la sazón este se había concretado en derecho de propiedad sobre determinado bien inmueble, ya que con el registro del juicio mortuorio el derecho hereditario en relación con los bienes adjudicados en la partición, se transforma en derecho de dominio. Realmente Hernández vendió una casa, no sólo porque ello surge de la lectura del instrumento cuyos apartes primordiales se transcribieron antes, sino porque no podía transferir derechos hereditarios, ya que la sucesión de Orosia había finalizado. Por tanto, aun con base en la escritura de aclaración, cuya apreciación no fue adecuadamente atacada, el sentenciador erró de hecho al desconocer la prueba de la cual se desprende la inexistencia del derecho de herencia invocado como base en este proceso. Precisamente, uno de los casos de error de hecho tiene lugar cuando se considera probado un hecho por haberse ignorado la existencia en el proceso de un medio de prueba que demuestra de manera evidente que ese hecho no existió.

Pero es más: Carlos Julio Hernández en la escritura de aclaración se limita a decir que en la venta original "han quedado incluídos todos sus derechos y acciones como heredero de la causante Orosia Hernández"; es decir, que no paró atención el fallador de Bogotá a que la aclaración no excluyó el contrato inicial, o sea la venta de la casa varias veces citada, en forma que sólo vino a agregar los derechos hereditarios que dijo tener Hernández en la sucesión de Orosia, por lo cual al no existir éstos, la escritura inicial que acredita la venta de determinado inmueble mantenía todo su vigor y sinembargo el juzgador no la consideró.

Según el artículo 1.321 del Código Civil, la acción de petición de herencia es la que tiene el que probare su derecho a una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero, por lo cual la Corte dice: "El título de heredero, y no otra clase de documento, es el que respalda la acción de petición de herencia". (XXVIII, 159). "Esta acción finca en el derecho que tenga el demandante a la herencia ocupada por otro, derecho que dimana del carácter de heredero que compruebe como prevaleciente sobre esta misma calidad que pretenda tener el ocupante de los bienes hereditarios" (XXXI, 126).

Al reconocer la sentencia acusada a Esmaragdo Gómez O. la calidad de cesionario de Carlos Julio Hernández, con base en la llamada escritura de aclaración, que se limita a decir que en la venta de determinado inmueble quedaron incluídos unos derechos sucesorales, que a la sazón habían desaparecido, incurrió también en error de hecho, por todo lo cual transgredió el artículo 1.321 por indebida aplicación, ya que reconoció acción de petición de herencia a quien no ocupa el lugar de heredero. (Segundo Cargo).

Por este motivo debe casarse el fallo de segundo grado y el análisis del cargo sirve de fundamento para la sentencia de instancia, la que rectificará la expresión impropia del Juzgado al declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, siendo así que únicamente la declaración final que debió haber hecho era la consignada en el aparte 2º de su fallo. o sea la absolución de los demandados, puesto que lo que

resulta es la ausencia de una de las condiciones de la acción civil, o sea la titularidad del demandante en la petición de herencia por carecer del carácter de heredero de mejor derecho que invocó.

Sobra advertir que la coadyuvancia de Carlos Julio Hernández no lo convirtió en demandante y que así lo resolvieron Juzgado y Tribunal en providencia ejecutoriadas que tienen completo contenido jurídico, pues el coadyuvante simple no es demandante, y la coadyuvancia del vendedor en pleito del comprador es un tipo de coadyuvancia simple, y no litis consorcial.

* * *

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto. la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el diez de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, REFORMA la pronunciada por el Juzgado Cuarto Civil de este Circuito el catorce de junio de mil novecientos cincuenta y seis, y en su lugar ABSUELVE a los demandados de las peticiones de la demanda.

Las costas de la primera instancia de cargo del demandante; sin costas en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

Publíquese, cópiese, notifíquese, e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

PETICION DE HERENCIA. — SU NATURALEZA JURIDICA. — REIVINDICACION CONSECUENCIAL. — BUENA FE EXENTA DE CULPA. — TEORIA DE LA APARIENCIA ERROR COMMUNIS FACIT IUS.

La investidura que por el testamento o la ley otorga título preferencial o concurrente para continuar la persona del difunto, legitima en la causa conducente a obtener adjudicación de la herencia ocupada por otro en calidad de heredero, así como también legitima en la reivindicación que el inciso 1º, artículo 1.325 del Código Civil consagra, cuando dice:

"El heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos".

La acción petitoria de herencia es por su naturaleza de contenido universal, puesto que discute el llamamiento a suceder abstracción hecha de los bienes que integran el patrimonio relicto. Pero es al propio tiempo restitutoria, porque en concreto persigue las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales y aun aquellas de que el causante era mero tenedor y que no hayan vuelto legítimamente a sus dueños. (1.321).

Es indudable entonces que acreditada la titularidad sobre la herencia, procede a la vez el decreto restitutorio de los bienes susceptibles de individualización e inventario, sea que los ocupe el demandado como heredero, o que de sus manos hayan salido para ir a terceras personas, las que no son ajenas de citación al mismo juicio para que con su audiencia el fallo las afecte.

No es posible en la petición de herencia prescindir de llamar ante los tribunales a quien ocupe todo o parte de las cosas hereditarias a título de heredero. Pero estaría al arbitrio del demandado dificultar la acción o hacerla acaso nugatoria, si le quedara abierto el campo para traspasar los bienes a terceras personas, sin que estas últimas pudieran ser llamadas válidamente al mismo juicio en que la vocación hereditaria se debate.

Si el heredero putativo ocupa los bienes, la restitución procede por virtud de la titularidad del heredero auténtico. La responsabilidad del heredero aparente en cuanto a enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias se mide por la buena fé para que deba sólo aquello en que le hayan hecho más rico, o por la mala fé para cargarle todo el importe de las enajenaciones o deterioros. (1.324).

Si los bienes hereditarios han pasado a terceros, se predica la persecución reivindicatoria en mérito del derecho erga omnes reconocido judicialmente al verdadero señor de la herencia. No distingue entonces la ley según sea de buena o de mala fé la posesión de los terceros, y es porque en general la conciencia honesta de los hombres no alcanza de suyo a conferir derecho a quien no lo tiene conforme al ordenamiento, ni es bastante para que alguien pueda transferir lo que no le pertenece. En general, la buena fé del poseedor regula el sistema de prestaciones mutuas, pero no evita la prosperidad del juicio reivindicatorio, salvo que la prescripción se haya consumado. (1.325).

Sin embargo, cuando no se trata ya de la simple posesión de buena fé sino que está sublimada por el error invencible en que habría incurrido toda persona prudente y diligente, por avisada que se la suponga, quiere la doctrina con base en los principios que sustentan la seguridad jurídica, sacrificar el derecho ante la buena fé exenta de culpa cualificada y creadora dentro del aforismo error communis facit ius. Pero no es esta la buena fé que el artículo 769 del Código Civil presume, sino aquella que no basta alegar, que debe probarse sobre el supuesto de la esmerada diligencia y cuidado de quien la invoca, que exige estar fundada en justos motivos de error o en consideraciones por entero plausibles, de suerte

que no haya lugar a duda acerca de que aún las gentes mejor capacitadas habrían incurrido en la misma equivocación. Es la buena fé apoyada en error jurídicamente excusable como soporte necesario de la teoría de la apariencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinticinco (25) de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

A la edad de 60 años y en la población de Fómeque dejó de existir Francisco Javier Sanabria el 28 de febrero de 1940. Estaba casado con Helena Hernández y, entre otros, tenían vocación hereditaria Manuel Antonio, María Balbina, María Ana Rosa y José Javier Sanabria Hernández como hijos legítimos.

Aconteció empero que Eugenio Martínez como cesionario de la cónyuge sobreviviente y de José Nepomuceno Sanabria, lo mismo que de Gregorio y María Helena Sanabria, adelantó en el Juzgado Civil del Circuito de Cáqueza el juicio sucesorio de Francisco Javier y obtuvo que se le adjudicaran todos los bienes inventariados, salvo lo atribuído al doctor Jorge Córdoba Ortiz por concepto de gastos y de sus honorarios como abogado. Quedaron así por fuera los dichos Manuel Antonio, María Balbina, María Ana Rosa y José Javier.

Recibió Martínez por esa causa los terrenos de **Altamisal** y **El Volcán** en el Municipio de Fómeque, una casa en el pueblo de La Unión, y sobre avalúo de $ 4.000. un derecho de $ 1.500. en el predio de **Puente de Fierro** en común y proindiviso con el doctor Córdoba Ortiz, a quien se le adjudicó el derecho por los $ 2.500.00 restantes.

Abierto el 22 de marzo de 1949 por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá el juicio de sucesión por causa de muerte de Eugenio Martínez, intervinieron Eva Díaz de Martínez como cónyuge supérstite, y José Adán Martínez Gómez y María Eva Martínez viuda de Torres como hermanos legítimos del causante. Les fueron adjudicadas en común y proindiviso con el doctor Córdoba Ortiz (quien dentro del juicio obtuvo por remate los derechos de Martínez en Puente de Fierro) las tierras de **Altamisal** y **El Volcán** y la casa en **La Unión**.

Por escritura 512 de 22 de julio de 1951 otorgada en la Notaría de Fómeque, Córdoba Ortiz vendió a Benjamín y Daniel Padilla el predio de **Puente de Fierro**; y por escritura 535 de 28 de julio de 1951 de la misma Notaría del propio doctor Córdoba Ortiz, Eva Díaz viuda de Martínez, María Eva Martínez y José Adán Martínez vendieron el terreno de **Altamisal** a Rafael Hernández R. y Rafael Carrillo P., quienes le dieron entonces el nombre de **Las Palmas**.

EL LITIGIO

María Ana Rosa Sanabria y Manuel Antonio Sanabria, por sí y como cesionario de los derechos de María Balbina y José Javier Sanabria en la sucesión de Francisco Javier Sanabria, entablaron demanda contra Eva Díaz viuda de Martínez, José Adán Martínez Gómez, Eva Martínez Gómez viuda de Torres, Jorge Córdoba Ortiz, Benjamín Padilla, Daniel Padilla, Rafael Hernández R. y Rafael Carrillo P., con súplicas cuyo propósito consistió en obtener para los actores los bienes hereditarios que hubieron de corresponderles sin la omisión de que fueron objeto al liquidarse el juicio sucesorio de Francisco Jaiver Sanabria: nulidad de la partición e ineficacia de su registro, petición de herencia y reivindicación.

El debate en primera instancia concluyó con el fallo de 9 de marzo de 1956 en que el Juez Civil del Circuito de Cáqueza proveyó en el sentido de reconocer a los actores sus derechos en la herencia de Francisco Javier Sanabria y a recibir los bienes respectivos en la proporción legal; de declarar nula la partición de bienes y el registro de la misma mortuoria, así como también nulas las ventas en favor de Benjamín y Daniel Padilla cuanto al terreno de **Puente de Fierro**, y en favor de Rafael Hernández y Rafael Carrillo P. en lo que respecta al predio de **Altamisal**, "por cuanto los tradentes no eran dueños exclusivos de dicho terreno", dice el Juez. Declaró además la nulidad del remate efectuado en la sucesión de Eugenio Martínez y en que Jorge Córdoba Ortiz recibió el derecho complementario de $ 1.500.00 para individualizar propiedad sobre **Puente de Fierro**. Condenó a los demandados "a devolver a los demandantes en la proporción legal, los bienes todos que se inventariaron en la sucesión de Francisco Javier Sanabria", negó las demás súplicas e impuso a los demandados las costas del juicio.

Apeló exclusivamente el demandado doctor Jorge Córdoba Ortiz, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 11 de julio de 1958 decidió así:

"1º. Declárase que María Balbina Sanabria Hernández, Manuel Antonio Sanabria Hernández, José Javier Sanabria Hernández y María Ana Rosa Sanabria Hernández son herederos de su legítimo padre Francisco Javier Sanabria, y como tales tienen derecho a percibir los bienes de la herencia en la proporción que les reconoce la ley, herencia que aceptan con beneficio de inventario.

"2º. Declárase que Manuel Antonio Sanabria Hernández es cesionario de los derechos y acciones que corresponden a sus hermanos María Balbina y José Javier Sanabria Hernández, en los términos de la escritura número 227 de 28 de enero de 1943, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá.

"3º. Condénase a los demandados Eva Díaz viuda de Martínez, José Adán Martínez Gómez, Eva Martínez Gómez viuda de Torres y doctor Jorge Córdoba Ortiz, a restituírle a los demandantes en la proporción que les corresponde de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 45 de 1936 y dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia los bienes que se hallan en su poder o sean los relacionados en las partidas tercera y cuarta de la diligencia de inventarios y avalúos practicada en la mortuoria de Francisco Javier Sanabria, a saber: a) 'Otro lote de terreno, con la casa en él edificada, situado en el Municipio de Fómeque, caserío del Corregimiento de La Unión, con extensión de unas mil varas cuadradas, y cuyos linderos son: .... y b) Otro lote de terreno denominado El Volcán, situado en el Municipio de Fómeque, sección de .... con una extensión aproximada de una fanegada, cuyos linderos especiales son: ....

"4º. Condénase a los mismos demandados designados en el numeral anterior a pagar a los demandantes dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, en la proporción que les corresponda de acuerdo con el precitado artículo 18 de la Ley 45 de 1936, el valor que recibieron por concepto de la venta hecha a Rafael Hernández y Rafael Carrillo del inmueble denominado Altamisal, y el valor que recibieron por concepto del remate llevado a cabo en la mortuoria de Eugenio Martínez de la cuota que a éste le fue adjudicada en el lote de terreno llamado Fuente de Hierro.

"5º. Niéganse las demás peticiones de la demanda, de cuyos cargos se absuelve a los demandados.

"6º. Condénase a los demandados Eva Díaz viuda de Martínez, José Adán Martínez G. y Eva Martínez G. viuda de Torres, a pagar a los demandantes las costas de la primera instancia en lo que se refiere a la acción de petición de herencia.

"7º. Condénase a los demandantes a pagar a los demandados Rafael Hernández, Rafael Carrillo, Daniel Padilla y Benjamín Padilla, las costas de la primera instancia referentes a la acción reivindicatoria contra ellos promovida.

"8º. Cancélense en el registro las inscripciones hechas en los libros correspondientes de la adjudicación que se hizo a Eugenio Martínez de los dos inmuebles determinados en el numeral 3º que antecede, pertenecientes a la sucesión de Francisco Javier Sanabria, así como el correspondiente a la adjudicación que de los mismos inmuebles se hizo en la mortuoria de Eugenio Martínez a Eva Díaz viuda de Martínez, José Adán Martínez G., Eva Martínez G. viuda de Torres y Jorge Córdoba Ortiz.

"9º. Cancélese el registro de la demanda.

"10º. Sin costas en el recurso".

EL FALLO ACUSADO

Toma el contexto de la demanda inicial e infiere que los actores han ejercitado la acción de petición de herencia de Francisco Javier Sanabria y entiende que acreditada su titularidad como herederos queda "sin efectos la partición, sin que para ello se requiera declaración de ninguna naturaleza..." Y como encuentra que algunos bienes hereditarios no están en poder de los herederos demandados sino en manos de terceros, desprende que contra estos últimos se ha dirigido acción reivindicatoria.

Cuanto al fondo de la petición de herencia dice el sentenciador:

"Acreditada así la calidad de hijos legítimos de María Balbina, Manuel Antonio, José Javier y María Ana Rosa, respecto del causante Francisco Javier Sanabria, resulta incuestionable su derecho a la herencia de éste ocupada por el cesionario de dos hijos legítimos y de la cónyuge sobreviviente, desde luego que por tratarse del primer orden hereditario concurren los hijos legítimos y la cónyuge. Se trata de herederos de igual derecho al de quien ocupa la herencia, y,

por consiguiente, ha de serles restituída en la proporción que les corresponda de acuerdo con la ley. sin que interese conocer las razones por las cuales no se apersonaron en el respectivo juicio de sucesión.

"Significa lo dicho que la acción de petición de herencia prospera por lo que atañe a la parte ocupada por el cesionario Eugenio Martínez, hoy sus herederos.

"No sucede lo mismo en relación con los bienes herenciales que le fueron adjudicados al doctor Jorge Córdoba Ortiz, puesto que tal adjudicación no se le hizo en su condición de heredero sino en su carácter de acreedor de la sucesión, y es sabido que la acción de petición de herencia sólo procede cuando el demandado ocupa todos o parte de los bienes herenciales en su condición de heredero".

Después de algunos comentarios añade:

"Debe, en consecuencia, absolverse al doctor Jorge Córdoba Ortiz de los cargos de la demanda en cuanto se refiere a la petición de herencia dirigida contra él para la restitución de la cuota en el lote de terreno denominado **Puente de Hierro**".

Al hacer el examen conducente a determinar los bienes que han pasado a terceros, dice:

"Según aparece de la diligencia de inventarios y avalúos llevada a cabo en la mortuoria de Francisco Javier Sanabria, eran cuatro los bienes dejados por él, a saber: a) El lote de terreno denominado Altamisal; b) El lote de terreno llamado **Puente de Hierro**; c) El lote de terreno con la casa en él edificada situado en el Corregimento de La Unión; y d) El lote de terreno denominado El Volcán.

"Los inmuebles a que se refieren los ordinales a), c) y d) fueron adjudicados al cesionario Eugenio Martínez; y el del numeral b) fue adjudicado en común y proindiviso a Eugenio Martínez y al doctor Córdoba Ortiz en la proporción de $ 1.500.00 para el primero y de $ 2.500.00 para el segundo, sobre un avalúo de $ 4.000.00.

"De tales inmuebles sólo se encuentran en poder de los herederos del cesionario Martínez el situado en el Corregimento de La Unión, jurisdicción de Fómeque, y el denominado **El Volcán.** Por consiguiente, tales herederos están obligados a restituír esos bienes a los demandantes, en la proporción que les corresponda según la ley, como consecuencia de haber triunfado la acción de petición de herencia.

"De los otros inmuebles, el **Altamisal**, según se afirma en la demanda, fue vendido por los herederos de Eugenio Martínez a los señores Rafael Hernández y Rafael Carrillo; y el llamado **Puente de Hierro** fue vendido por el doctor Córdoba Ortiz a Benjamín y Daniel Padilla, después de haber adquirido por remate la parte que le había sido adjudicada a Eugenio Martínez en la sucesión de Francisco Sanabria.

"Como el **Altamisal** fue enajenado por los herederos de Eugenio Martínez a los señores Rafael Hernández y Rafael Carrillo, quienes son sus actuales poseedores, contra ellos dirigieron los demandantes la correspondiente acción reivindicatoria..."

Por lo que hace a esta acción expresa el Tribunal:

"En la hipótesis de que las cosas hereditarias hayan pasado a poder de terceros poseedores por virtud de la enajenación que de ellas hicieron los herederos putativos, debe ante todo establecerse si los adquirentes son de buena o de mala fé, pues sólo en este último caso están obligados a restituír los bienes a los demandantes; si son adquirentes de buena fé no están obligados a la restitución, pero los herederos putativos son responsables del valor de tales enajenaciones, según se infiere rectamente del contexto de los artículos 1.324 y 1.325 del Código Civil".

Considera a los demandados en reivindicación como poseedores de buena fé, tanto por las circunstancias del caso, como porque así lo entendió el Juez de primera instancia, "y esa calificación, por no haber apelado la parte demandante del fallo de primer grado, es actualmente inmodificable'. Y agrega:

"Lo cual significa que contra los demandados Hernández y Carrillo no prospera la acción de dominio, y que, por ende, han de ser absueltos de los cargos de la demanda. Pero como los herederos putativos se hicieron más ricos con la enajenación de dicho bien, han de restituír a los demandantes la parte proporcional del precio por ellos recibido.

"Otro tanto sucede con la demanda reivindicatoria dirigida contra Daniel y Benjamín Padilla por lo que respecta al lote de terreno **Puente de Hierro**, en la parte que le fue adjudicada al cesionario Martínez, ya que por lo que hace a la que le fue adjudicada al doctor Córdoba Ortiz no puede tener acogida por no haber triunfado en ese particular la acción de petición de herencia a la cual se halla condicionada la de dominio. Como el doctor Córdoba Ortiz pagó a los here-

deros de Eugenio Martínez una suma de dinero por concepto del remate que hizo de la cuota adjudicada en dicho bien a Martínez, sus herederos han de restituír a los demandantes la parte proporcional de esa suma, que fue en lo que se hicieron más ricos".

Con respecto a la posesión de bienes por los demandados contra quienes pronunció el decreto restitutorio, el sentenciador se expresa así:

"Cuando en la demanda se afirma que el demandado tiene la cosa en su poder y no es así, debe manifestarlo en la contestación de la demanda; si guarda silencio, ha de tenerse por cierto que la tiene en su poder, y, por lo mismo, se hace responsable de ella o de su precio, tal como lo establece el artículo 214 del Código Judicial.

"En sentencia de 22 de octubre de 1954, proferida por la Corte, se lee:

'La Corte ha reiterado la doctrina de que cuando el reo no niega el cargo que se le hace en la demanda, de ser poseedor de la cosa, el actor queda relevado de aducir otra prueba al respecto...

'Los artículos 214 y 215 del Código Judicial persiguen la finalidad, como lo ha dicho esta Sala, de que antes de trabarse la controversia reivindicatoria quede definido el hecho de la posesión respecto del demandado, a quien se atribuye, con el fin de que la acción desde un principio se encause regularmente, evitando un fallo ilusorio en sus efectos, por haberse dictado contra quien en realidad no es poseedor, bien por no haber tenido nunca ese carácter, o por haberlo perdido antes de la demanda. De manera que el artículo 214 implica una garantía para las partes en este sentido: del demandado, por cuanto probando en el incidente respectivo que es otro el poseedor queda exento de la demanda; y del demandante, por cuanto definido el hecho de que la posesión la tiene ciertamente el demandado, la acción en caso de prosperar oblígalo necesariamente a la restitución, sin el peligro de que el pleito resulte baldío en cuanto a esa prestación, por no haberse seguido contra el verdadero poseedor'. (G. J. LXXVIII, Pág. 920).

"Como en el caso **sub-lite** se afirmó en la demanda que el lote de terreno denominado **El Volcán** y el inmueble situado en el Corregimiento de La Unión se hallaban en poder de los herederos de Eugenio Martínez y éstos guardaron silencio respecto de esa afirmación, ha de tenerse por cierto que tales bienes se hallan en su poder, y en consecuencia, han de responder de ellos o de su precio. De ahí que no pueda la Sala tomar en cuenta el testimonio dejado en la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia de que dichos inmuebles se hallaban en poder de otras personas".

EL RECURSO

Interpuesto únicamente por el demandado Córdoba Ortiz, invoca el artículo 520 del Código Judicial y formula la impugnación así:

"....acuso la sentencia recurrida por apreciación errónea y falta de apreciación de determinada prueba, con lo cual violó directamente por no haberlo aplicado al caso del pleito el artículo 1.321 del Código Civil".

Para sustentar este enunciado, no muy obediente, como se ve, a las exigencias del recurso extraordinario, se ensayan varios argumentos referidos a la causal 1ª, sin citarla, y a cargos imprecisos por lo demasiado generales, y vagos a la vez, por el sentido impropio de la acusación.

Dice el recurrente que si bien la petición de herencia debe dirigirse de heredero a heredero y envuelve reivindicación, es indispensable que los demandados ocupen la herencia, puesto que de otro modo la acción reivindicatoria se dirige contra terceros. Y observa que ni él es heredero, ni los demandados ocupan los bienes que el fallo les ordena restituír, ya que la inspección ocular de 29 de septiembre de 1955, transcrita en el libelo de casación, le sirve para alegar que no son los demandados sino los demandantes quienes ocupan aquellos bienes.

Insiste repetidamente en que él no es heredero de Francisco Javier Sanabria, ni ocupa su herencia; que la acción intentada en el pleito fue de herederos contra herederos y no contra terceras personas; que su calidad es meramente la de acreedor de la sucesión "por mis honorarios y gastos hechos en ella" y que si adquirió alguna parte de los bienes hereditarios fue con ese carácter. De todo lo cual deduce violación de los artículos 1.321 y 1.325 del Código Civil y 18 de la Ley de 1936 (sic).

SE CONSIDERA:

1. La investidura que por el testamento o la ley otorga título preferencial o concurrente para continuar la persona del difunto, legitima en la causa conducente a obtener adjudicación de la herencia ocupada por otro en calidad de heredero,

así como también legitima en la reivindicación que el inciso 1º, artículo 1.325 del Código Civil consagra, cuando dice:

"El heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos".

2. La acción petitoria de herencia es por su naturaleza de contenido universal, puesto que discute el llamamiento a suceder abstracción hecha de los bienes que integran el patrimonio relicto. Pero es al propio tiempo restitutoria, porque en concreto persigue las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales y aún aquellas de que el causante era mero tenedor y que no hayan vuelto legítimamente a sus dueños. (1.321).

Es indudable entonces que acreditada la titularidad sobre la herencia, procede a la vez el decreto restitutorio de los bienes susceptibles de individualización e inventario, sea que los ocupe el demandado como heredero, o que de sus manos hayan salido para ir a terceras personas, las que no son ajenas de citación al mismo juicio para que con su audiencia el fallo las afecte.

No es posible en la petición de herencia prescindir de llamar ante los tribunales a quien ocupe todo o parte de las cosas hereditarias a título de heredero. Pero estaría al arbitrio del demandado dificultar la acción o hacerla acaso nugatoria, si le quedara abierto el campo para traspasar los bienes a terceras personas, sin que estas últimas pudieran ser llamadas válidamente al mismo juicio en que la vocación hereditaria se debate.

3. Si el heredero putativo ocupa los bienes, la restitución procede por virtud de la titularidad del heredero auténtico. La responsabilidad del heredero aparente en cuanto a enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias se mide por la buena fé para que deba sólo aquello en que le hayan hecho más rico, o por la mala fé para cargarle todo el importe de las enajenaciones o deterioros (1,324).

Si los bienes hereditarios han pasado a terceros, se predica la persecución reivindicatoria en mérito del derecho **erga omnes** reconocido judicialmente al verdadero señor de la herencia. No distingue entonces la ley según sea de buena o de mal fé la posesión de los terceros, y es porque en general la conciencia honesta de los hombres no alcanza de suyo a conferir derecho a quien no lo tiene conforme al ordenamiento, ni es bastante para que alguien pueda transferir lo que no le pertenece. En general, la buena fé del poseedor regula el sistema de prestaciones mutuas, pero no evita la prosperidad del juicio reivindicatorio, salvo que la prescripción se haya consumado. (1.325).

4º. Sin embargo, cuando no se trata ya de la simple posesión de buena fé sino que está sublimada por el error invencible en que habría incurrido toda persona prudente y diligente, por avisada que se la suponga, quiere la doctrina con base en los principios que sustentan la seguridad jurídica, sacrificar el derecho ante la buena fé exenta de culpa, cualificada y creadora dentro del aforismo **error communis facit ius.** Pero no es esta la buena fé que el artículo 769 del Código Civil presume, sino aquella que no basta alegar, que debe probarse sobre el supuesto de la esmerada diligencia y cuidado de quien la invoca, que exige estar fundada en justos motivos de error o en consideraciones por entero plausibles, de suerte que no haya lugar a duda acerca de que aún las gentes mejor capacitadas habrían incurrido en la misma equivocación. Es la buena fé apoyada en error jurídicamente excusable, como soporte necesario de la teoría de la apariencia.

5. No es oscura entonces la conclusión de que el cargo formulado carece de fuerza infirmatoria.

Si el recurrente doctor Córdoba Ortiz no tiene el carácter de heredero de Francisco Javier Sanabria, es de evidencia procesal que en la liquidación del juicio sucesorio se hizo partícipe como abogado conductor del procedimiento y para recibir el pago de sus propios honorarios y de gastos de la actuación. Su estado ante las normas no surge como el de quien padece error exento de culpa, puesto que no parecería necesaria una investigación muy cuidadosa en el vecindario para saber cuántos fueron los hijos legítimos nacidos del matrimonio Sanabria-Hernández, ni tampoco extraño a las funciones de abogado que adelantaba la sucesión, el deber de tomar a su cargo esa diligencia preliminar.

Cuanto a que los demandados no estén en posesión de lo que se les ordena restituír, el recurrente no ensaya siquiera la contradicción de los soportes transcritos del fallo a ese respecto, y no para mientes en la razón por la cual el sentenciador desestimó el testimonio dejado en la diligencia de inspección ocular, por lo demás muy posterior en el tiempo a la fecha en que se formó el vínculo jurídico procesal.

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 del 11 de julio de 1958 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

José Hernández Arbeláez—Enrique Coral Velasco—Hernando Morales M.—Ignacio Escallón—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

MOTIVO 6º DE CASACION. — CUALQUIERA DE LAS CAUSALES DE NULIDAD PREVISTAS EN ESTA NORMA, O SEA LAS COMUNES A TODOS LOS PROCESOS, DEBE HABERSE PRESENTADO DENTRO DEL JUICIO EN QUE SE DICTO LA SENTENCIA MATERIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO, PUES ELLAS TIENDEN A CORREGIR VICIOS TRASCENDENTALES DEL PROCESO, PERO NO EN JUICIO DISTINTO, PORQUE PARA REMEDIAR TAL ANOMALIA EXISTEN DIVERSOS SISTEMAS, UNO DE LOS CUALES ES ACUDIR A JUICIO ORDINARIO SEPARADO A FIN DE OBTENER LA DECLARATORIA DE NULIDAD. — REQUISITOS QUE DEBEN CONCURRIR EN ESTA ULTIMA. — CUANDO EN EL CASO PRECEDENTE LA ACUSACION SE REFIERE A POSIBLES VICIOS DE NULIDAD DEL JUICIO EJECUTIVO DONDE EL REMATE SE PRACTICO, CARECE DE BASE EL CARGO FUNDADO EN LA CAUSAL 6ª — NO EXISTE NULIDAD CONSTITUCIONAL POR VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CARTA.—FORMALIDADES PARA EL REMATE DE BIENES. — LA CELEBRACION DE ESTE FUERA DE LAS HORAS DE DESPACHO O EN DIAS DE VACANCIA, ACARREA NULIDAD. — INTERPRETACION Y ALCANCE DEL ARTICULO 1º DEL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 2318 Y DEL DECRETO 2507 DE 1954. — EL NUMERAL 2º DEL ARTICULO 451 DEL C. J. TIENE CARACTER SUSTANTIVO. — ACTUACION QUE ABARCA LA DECLARATORIA DE NULIDAD PROCESAL DE UN JUICIO EJECUTIVO, CUYO TRAMITE ESTA AUTORIZADO POR EL ARTICULO 457, INC. 2º DEL C. J., POR HABERSE INCURRIDO EN EL MOTIVO SEGUNDO DEL ARTICULO 451 IBIDEM. — LA LEGITIMACION EN CAUSA DE LAS PARTES ES CONDICION DE LA ACCION CIVIL Y NO EXCEPCION

1.—El motivo 6º de casación consiste en "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la Ley".

Es elemental que cualquiera de las causales previstas en la norma indicada, o sea las comunes a todos los procesos, debe haberse presentado dentro del juicio en que se dictó la sentencia materia del recurso extraordinario, pues ellas tienden a corregir vicios trascendentales del proceso. No se trata, entonces, de que la nulidad haya podido presentarse en proceso distinto, pues para remediar tal anomalía existen diversos sistemas, uno de los cuales es acudir a juicio ordinario separado a fin de obtener la declaratoria de nulidad, siempre que ésta se base en ilegitimidad de personería y en falta de citación o emplazamiento, o en defecto en las formalidades para el remate de bienes, si la licitación se ha aprobado, tal cual lo dice el artículo 457 del C. J.

Cuando la acusación se refiere a posibles vicios de nulidad del juicio ejecutivo donde el remate se practicó, carece de base el cargo fundado en la causal 6ª. Y si a esto se agrega, que los motivos de nulidad previstos para los juicios ejecutivos no son de recibo dentro de la causal que se analiza, la que está circunscrita a los casos del artículo 448, y que el artículo 6º del Código Civil no versa sobre nulidades procesales sino sustanciales, ya que el tratado de las primeras se encuentra en el Capítulo VIII del Libro II del Código Judicial, se llega necesariamente a destacar el despropósito del cargo. "El artículo 6º contiene una proposición jurídica que se refiere única y exclusivamente a las nulidades sustantivas de que pueden adolecer los actos de la vida civil" (LI, 587).

2.—Respecto a la llamada nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta, se anota que, cuando se invoca la causal 6ª de casación debe el recurrente explicar circunstanciadamente la nulidad alegada, sin que sea pertinente citar disposiciones sustanciales o procesales transgredidas, pues tal violación, en relación con las primeras, procede proponerla solamente dentro

de la causal primera. En segundo término es necesario recordar que en nuestro sistema procesal las nulidades son taxativas, de manera que no es pertinente argüir motivo diferente a los establecidos con tal carácter en el Código Judicial para todos los procesos o para algunos de éstos, según fuere el caso.

En efecto, nuestro Código de Procedimiento Civil siguiendo el principio que informa el sistema francés, establece que ninguna actuación del proceso puede ser declarada nula si la causal no está expresamente prevista en la ley. Las causales de nulidad, pues, son limitativas y no es admisible extenderlas a informalidades o irregularidades diversas.

Es posible que en el juicio se presenten situaciones que originen desviación más o menos importante de normas que regulan las formas procesales, pero ello no implica que constituyan motivo de nulidad, la cual, se repite, únicamente puede emanar de las causales entronizadas por el legislador.

No se discute que el artículo 26 de la Constitución dispone que nadie puede ser juzgado sino con la observancia de la plenitud de las formas de cada juicio. Este precepto contiene una garantía en cuanto quienes figuran en juicio tienen derecho a que se cumplan todas las ritualidades del mismo antes de dictarse sentencia, ya que así se logra que no haya discriminación en los medios de que gozan las partes para efectivizar sus derechos sustanciales, ni para asumir sus cargas procesales.

Pero dicha disposición constitucional ha tenido que ser desarrollada por la ley, por contener un principio de derecho que por regla general no puede operar dentro del proceso civil en forma directa y respecto a cuya transgresión no prevee la Carta determinada sanción. Las leyes son las que vienen a establecer concretamente las formas de los juicios y por tanto las sanciones cuando éstas se vulneran, razón por la cual existe una graduación que va desde la nulidad insaneable hasta la simple irregularidad sin consecuencias positivas en virtud de la ejecutoria de determinada providencia, pasando por la nulidad saneable, la inexistencia y el impedimento procesal para proferir sentencia de mérito cuando hay defecto en los presupuestos procesales capacidad para ser parte y demanda en forma, pues la falta de jurisdicción o de competencia y la ausencia de capacidad para comparecer en juicio desembocan generalmente en nulidad.

Entonces, no es cierto que dentro de nuestro sistema sea posible invocar la nulidad constitucional, ya que en últimas, si fuera de las causales taxativas de la ley existiera la genérica aludida, se llegaría a que todo incumplimiento de normas procesales conduciría a la anulación, que precisamente no es la orientación legal que nos rige.

3.—Con el propósito de rodear la licitación de todas las garantías posibles, a fin de que de ella pueda tener conocimiento el mayor número de personas y de que transcurra en completa libertad, con lo cual se benefician todas las partes, la ley establece una serie de formalidades, cuya falta eleva a la categoría de nulidad en los procesos respectivos.

La Corte expone: "El numeral 2º del artículo 451 del Código Judicial establece que es causal de nulidad del juicio de apremio la falta de formalidades para hacer el remate de bienes. Y el 457 autoriza que se alegue esta nulidad en juicio ordinario. Las formalidades del remate están señaladas en los artículos 1.038 a 1.046 del Código Judicial y ellas están destinadas a que el acto tenga suficiente publicidad a fin de provocar la mayor concurrencia de postores, facilitándoles que hagan libremente sus propuestas y garantizar que la enajenación se realice en las mejores condiciones de precio y en ambiente impropicio al éxito de maniobras o combinaciones dirigidas a perturbar el acto" (LX, 85).

Entre dichas formalidades se encuentra la contenida en el artículo 1.043 de la obra citada que dice: "El remate se celebra en horas de despacho, y no puede cerrarse sin haber transcurrido tres horas de principiada la licitación". Así, pues, no es admisible que tenga lugar en los días de vacancia, ni fuera de las horas en que la oficina que lo hace esté abierta al público, porque ello sería contrario a la publicidad de que la ley quiere rodearlo.

4.—La Corte considera que del artículo 1º del Decreto Legislativo número 2.318 de 1954 y del Decreto Legislativo número 2.507

del mismo año, fluyen las siguientes conclusiones:

a) Se fijó para todo el territorio ocho horas de trabajo diario en las oficinas judiciales, y se estableció cuáles son tales horas, de modo que varió el sistema del artículo 180 del Código Judicial que autorizaba a los Tribunales para fijar las siete horas de trabajo de cada día hábil, y por otro, subió a ocho el número de horas diarias laborables. Además, suprimió para los Jueces y Magistrados la autorización de concurrir sólo cinco horas a sus oficinas, por lo cual quedaron incursos en la obligación general de los demás empleados judiciales respecto a concurrir durante la totalidad de las horas de labor.

b). Al decir el Decreto 2.507 citado que los sábados es día hábil "aunque solamente tengan despacho en las horas de la mañana", aclaró que en tal día corren los términos, no obstante que para el público únicamente funcionen las oficinas en el período matinal, y por tanto no dispuso que puedan funcionar en el período vespertino, a discreción de cada Juez o Tribunal; ello se infiere no sólo del tiempo verbal empleado que equivale a "tienen" sino porque colocaría a los empleados del orden judicial en condiciones de inferioridad respecto de los demás empleados públicos, que tienen descanso en la tarde del sábado. En síntesis, lo que dispuso fue que el sábado es día hábil de cuatro horas y se cuenta para todos los efectos procesales.

Realmente la disposición últimamente comentada era necesaria, como aclaración de la anterior, pues cuando ésta entró en vigencia se presentó perplejidad sobre si el día sábado era hábil, sinembargo de utilizarse sólo hasta las doce meridiano.

5.—El numeral 2º del artículo 451 del Código Judicial tiene carácter sustantivo, pues confiere un derecho a quien es parte en procesos en que tiene cabida la subasta, consitente en solicitar la nulidad por ausencia de las formalidades consiguientes. Esta acción está consagrada en la norma citada, y no en ninguna otra.

6.—La declaratoria de nulidad procesal de un juicio ejecutivo cuyo trámite está autorizado por el artículo 457, inicso 2º del Código Judicial, por haberse incurrido en el motivo segundo del artículo 451 ibídem, no puede abarcar sino la actuación producida después del remate, ya que si el vicio se origina en ausencia de formalidades para la licitación, en últimas el haberse realizado ésta sin el lleno de aquéllas, es lo que viene a configurarla.

Es claro que tal declaración comprende la anulación del remate mismo, el que por este aspecto constituye una actuación judicial; y la petición que pueda haberse hecho sobre "que el rematante no adquirió el derecho de dominio sobre el bien rematado, derecho que continúa en cabeza del demandante", sólo se explica como medio para que se cancele la inscripción de la diligencia correspondiente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el 23 de junio de 1958, en el juicio ordinario promovido por Francisco Vélez frente a Marco Tulio Cadavid y otros.

ANTECEDENTES

Francisco Vélez demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Antioquia a Marco Tulio Cadavid, Arminda Martínez de Pereira y J. Guillermo Restrepo S. para que se hicieran las declaraciones y condenas que se compendian así:

a) Que es nulo el juicio ejecutivo promovido ante el mismo Juzgado por Marco Tulio Cadavid contra Francisco Vélez, nulidad que debe abarcar todo lo actuado a partir del avalúo de la finca "Urarco", o subsidiariamente desde el remate realizado el 6 de noviembre de 1954, inclusive.

b) Que como consecuencia se decrete la nulidad de dicho remate efectuado por J. Guillermo Restrepo S., en su carácter de cesionario del tercerista, respecto de las dos terceras partes de la finca de "Rastrojo-largo", ubicada en el municipio de Buriticá y singularizada en la forma que aparece en el acta de la mencionada diligencia.

c) Que el rematante no adquirió el derecho de dominio sobre el bien subastado, derecho que continúa en cabeza del demandante, ya que la

inscripción debe cancelarse y por consiguiente "fue ineficaz".

d) Que como consecuencia "es absolutamente ineficaz el contrato de compraventa constante (sic) en la escritura pública número 74, otorgada en la Notaría del Circuito de Antioquia el 5 de febrero de 1955", cuya inscripción debe ordenarse cancelar.

e) Que Arminda Martínez de Pereira, quien aparece como compradora del rematante Restrepo S. en la escritura citada en el punto anterior, está en la obligación de restituír al actor tales derechos "o lo que hubiere obtenido a virtud de la partición".

Las afirmaciones de hecho se resumen en tres, a saber:

Primera: Dentro del juicio ejecutivo adelantado por Marco Tulio Cadavid contra Francisco Vélez, el cesionario del tercerista Aparicio Manco, doctor J. Guillermo Restrepo S., remató por cuenta de su crédito el día 6 de noviembre de 1954 uno de los bienes puestos en subasta, o sean las dos terceras partes de la finca "Rastrojo-largo", ubicada en el municipio de Buriticá, Departamento de Antioquia.

Segunda: Dicho remate se hizo sin el cumplimiento de las formalidades propias por tres motivos: 1º. Porque fue irregular el avalúo del inmueble "Urarco" que salió a licitación simultáneamente con el otro bien, ya especificado, pues los peritos no visitaron personalmente el inmueble avaluado, sino que practicaron el justiprecio en la cabecera Municipal respectiva; 2º. Porque el remate se efectuó a pesar de estar pendiente el recurso de apelación contra el auto que denegó la práctica del loteo del predio "Urarco", y es el caso de que la providencia se revocó y en su lugar fue decretada dicha medida; 3º. Porque el remate se efectuó un sábado y comenzó a la 1 p. m., siendo así que las horas de la tarde son inhábiles en tal día de la semana.

Tercera: El rematante vendió los derechos rematados a Arminda Martínez de Pereira, quien a su turno promovió el juicio divisorio de la finca donde aquéllos se hallan radicados contra el otro comunero señor Hernán Vélez.

Los demandados se opusieron y al mism tiempo adujeron las excepciones de inepta demanda, petición de modo indebido, ilegitimidad de personería, indebida acumulacón de acciones y la "genérica", advirtiéndose que no contienen basamento de ninguna clase.

La primera instancia finalizó por sentencia de 5 de febrero de 1958, la cual anuló el juicio ejecutivo mencionado a partir de la diligencia de avalúo de la finca "Urarco" y como consecuencia el remate efectuado el 6 de noviembre de 1954; declaró que el rematante no adquirió el dominio sobre los bienes licitados y que la venta de dichos bienes realizada por aquél a Arminda Martínez de Pereira es absolutamente ineficaz, de modo que ella debe restituírlos al actor. Igualmente declaró no probadas las excepciones propuestas, ordenó la cancelación del registro del aludido remate y condenó en costas a los demandados.

Apelado el fallo por éstos, el Tribunal, con un salvamento de voto, lo revocó y en su lugar denegó las declaraciones de la demanda. Este proveído descansa en que los motivos de nulidad que se imputan al avalúo de la finca "Urarco" no son valederos, entre otras cosas porque el Tribunal en el decurso del proceso los había encontrado fallidos: además el folleto pedido y denegado por el Juez, se relacionaba con la citada finca y no con aquélla a que se referían los derechos rematados, de modo que no aparece incidencia en la licitación de éstos; por último, en concepto del sentenciador es procedente la práctica de remates en las horas de la tarde del día sábado, conclusión a la cual llega luégo de interpretar las disposiciones positivas sobre la materia.

El Recurso.

Dos cargos dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y uno fundado en la causal 6ª **ibídem**, se aducen contra la sentencia. La Corte, siguiendo lo preceptuado en el artículo 537 de la misma obra, examinará en primer lugar el cargo fundado en **error in procedendo**, y después, hasta donde sea necesario, los que descansan en **eeror in judicando**.

Causal 6ª.

El recurrente afirma que se incurrió en la causal de nulidad prevista en el artículo 451 del Código Judicial, ordinal 2º, en relación con el 448 de dicho Código y en "nulidad constitucional, por añadidura, a causa de violación del artículo 20 de la Constitución en relación con el artículo 6º del Código Civil".

No explica el impugnador la causal aludida, de de modo que por este solo aspecto se puede desechar. Mas tratando de escrutar los motivos seña-

lados, a través de los cargos restantes, la Corte considera:

El motivo 6º de casación consiste en "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley".

Es elemental que cualquiera de las causales previstas en la norma indicada, o sea las comunes a todos los procesos, debe haberse presentado dentro del juicio en que se dictó la sentencia materia del recurso extraordinario, pues ellas tienden a corregir vicios trascendentales del proceso. No se trata, entonces, de que la nulidad haya podido presentarse en proceso distinto, pues para remediar tal anomalía existen diversos sistemas, uno de los cuales es acudir a juicio ordinario separado a fin de obtener la declaratoria de nulidad, siempre que ésta se base en ilegitimidad de personería y en falta de citación o emplazamiento, o en defecto en las formalidades para el remate de bienes, si la licitación se ha aprobado, tal cual lo dice el artículo 457 del Código Judicial.

En el presente caso el recurrente implícitamente se refiere a posibles vicios de nulidad del juicio ejecutivo donde el remate se practicó, de modo que carece de base el cargo fundado en la causal 6ª. Y si a esto se agrega, que los motivos de nulidad previstos para los juicios ejecutivos no son de recibo dentro de la causal que se analiza, la que está circunscrita a los casos del artículo 448, y que el artículo 6º del Código Civil no versa sobre nulidades procesales sino sustanciales, ya que el tratado de las primeras se encuentra en el Capítulo VII del Libro II del Código Judicial, se llega necesariamente a destacar el despropósito del cargo. "El artículo 6º contiene una proposición jurídica que se refiere única y exclusivamente a las nulidades sustantivas de que pueden adolecer los actos de la vida civil". (LI. 587)

Respecto a la llamada nulidad constitucional por violación del artículo 20 de la Carta, se anota que, cuando se invoca la causal 6ª de casación debe el recurrente explicar circunstanciadamente la nulidad alegada, sin que sea pertinente citar disposiciones sustanciales o procesales transgredidas, pues tal violación, en relación con las primeras, procede proponerla solamente dentro de la causal primera. En segundo término es necesario recordar que en nuestro sistema procesal las nulidades son taxativas, de manera que no es pertinente argüir motivo diferente a los establecidos con tal carácter en el Código Judicial para todos los procesos o para algunos de éstos, según fuere el caso.

En efecto, nuestro Código de Procedimiento Civil siguiendo el principio que informa el sistema francés, establece que ninguna actuación del proceso puede ser declarada nula si la causal no está expresamente prevista en la ley. Las causales de nulidad, pues, son limitativas y no es admisible extenderlas a informalidades o irregularidades diversas.

Es posible que en el juicio se presenten situaciones que originen desviación más o menos importante de normas que regulan las formas procesales, pero ello no implica que constituyan motivo de nulidad, la cual, se repite, únicamente puede emanar de las causales entronizadas por el legislador.

No se discute que el artículo 26 de la Constitución (no el 20 mencionado por el recurrente que se refiere a la responsabilidad de los funcionarios públicos, punto ajeno al recurso), dispone que nadie puede ser juzgado sino con la observancia de la plenitud de las formas de cada juicio. Este precepto contiene una garantía en cuanto quienes figuran en juicio tienen derecho a que se cumplan todas las ritualidades del mismo antes de dictarse sentencia, ya que así se logra que no haya discrimnación en los medios de que gozan las partes para efectivizar sus derechos sustanciales, ni para asumir sus cargas procesales.

Pero dicha disposición constitucional ha tenido que ser desarrollada por la ley, por contener un principio de derecho que por regla general no puede operar dentro del proceso civil en forma directa y respecto a cuya transgresión no prevee la Carta determinada sanción. Las leyes son las que vienen a establecer concretamente las formas de los juicios y por tanto las sanciones cuando éstas se vulneran, razón por la cual existe una graduación que va desde la nulidad insaneable hasta la simple irregularidad sin consecuencias positivas en virtud de la ejecutoria de determinad providencia, pasando por la nulidad saneable, la inexistencia, y el impedimento procesal para proferir sentencia de mérito cuando hay defecto en los presupuestos procesales capacidad para ser parte y demanda en forma, pues la falta de jurisdicción o de competencia y la ausencia de capacidad para comparecer en juicio desembocan generalmente en nulidad.

Entonces, no es cierto que dentro de nuestro sistema sea posible invocar la nulidad constitucional, ya que en últimas, si fuera de las causales

taxativas de la ley existiera la genérica aludida, se llegaría a que todo incumplimiento de normas procesales conduciría a la anulación, que precisamente no es la orientación legal que nos rige.

Causal 1ª.

1º. Violación del artículo 1.043 del Código Judicial y 1º del Decreto Legislativo número 2.318 de 1954 en relación con los artículos 451 y 472 del Código Judicial por infracción directa, al darle valor a un remate efectuado fuera de horas de despacho violación del mismo artículo del citado decreto, así como del artículo único del Decreto Legislativo número 2.507 de 1954 en relación con las normas del Código Judicial antecitadas, por interpretación errónea, y del inciso 3º del artículo 741 del Código Civil, "por no haberse interpretado aquellos ordenamientos en sentido de que el remate se ejecutó en horas distintas a las horas de despacho, señalado por dichas normas, por lo cual tal remate adolecía de la nulidad demandada"; violación de los artículos 6º, 25, 27. 28, 29. 30 del Código Civil por infracción directa, por no aplicar la sentencia lo que dichas normas disponen en orden a efectuar una recta interpretación de los Decretos Legislativos y de las disposiciones del Código Judicial nombrados; violación, por aplicación indebida, de los artículos 756, 2.637, 2.674, del Código Civil y 43 de la Ley 57 de 1887, que no podían operar ante un remate viciado de nulidad.

2º. Error de hecho en la apreciación de los documentos que obran a los folios 8 a 10 del cuaderno principal, especialmente del auto que fijó fecha para el remate tildado de nulo, el cual expresamente ordena que la diligencia debe comenzar a la una de la tarde, o sea en hora inhábil. Este error llevó al Tribunal a violar los artículos 6º, 25, 30 y 741 del Código Civil; 1.043, 451 inciso 2º, 472 del Código Judicial y los pertinentes de los decretos legislativos anteriormente relacionados.

Se considera:

Con el propósito de rodear la licitación de todas las garantías posibles, a fin de que de ella pueda tener conocimiento el mayor número de personas y de que transcurra en completa libertad, con lo cual se benefician todas las partes, la ley establece una serie de formalidades, cuya falta eleva a la categoría de nulidad en los procesos respectivos.

La Corte expone: "El numeral 2º del artículo 451 del Código Judicial establece que es causal de nulidad del juicio de apremio la falta de formalidades para hacer el remate de bienes. Y el 457 autoriza que se alegue esta nulidad en juicio ordinario. Las formalidades del remate están señaladas en los artículos 1.038 a 1.046 del Código Judicial y ellas están destinadas a que el acto tenga suficiente publicidad a fin de provocar la mayor concurrencia de postores, facilitándoles que hagan libremente sus propuestas y garantizar que la enajenación se realice en las mejores condiciones de precio y en ambiente impropicio al éxito de maniobras o combinaciones dirigidas a perturbar el acto" (LX, 85).

Entre dichas formalidades se encuentra la contenida en el artículo 1.043 de la obra citada que dice: "El remate se celebra en horas de despacho, y no puede cerrarse sin haber transcurrido tres horas de principiada la licitación". Así, pues, no es admisible que tenga lugar en los días de vacancia, ni fuera de las horas en que la oficina que lo hace esté abierta al público, porque ello sería contrario a la publicidad de que la ley quiere rodearlo.

El Decreto Legislativo número 2.318 de 31 de julio de 1954 dijo en su artículo 1º: "A partir de la vigencia del presente decreto, en las oficinas judiciales y del Ministerio Público, incluyendo la jurisdicción contencioso-administrativa y la del trabajo, debe haber despacho durante ocho horas diarias, así: de las 8 a. m. a las 12 m. De las 14 p. m. a las 18 p. m. Autorízase descanso en las horas de la tarde de los días sábados. En la Secretaría se debe fijar permanentemente un cartel que exprese las horas de despacho diario obligatorio para el público, en las cuales han de recibirse las declaraciones, posesiones de los peritos etc.".

El Decreto Legislativo número 2.507 de 25 de agosto de 1954, dispuso: "Aclárase el artículo 1º del Decreto Legislativo número 2.318 de 1954 (31 de julio), en el sentido de que el sábado es día hábil en todas las oficinas judiciales aunque solamente tengan despacho en las horas de la mañana".

La Corte considera que de estas normas fluyen las siguientes conclusiones:

a) Se fijó para todo el territorio ocho horas de trabajo diario en las oficinas judiciales, y se estableció cuáles son tales horas, de modo que varió el sistema del artículo 180 del Código Judicial que autorizaba a los Tribunales para fijar las siete horas de trabajo de cada día hábil, y por otro,

subió a ocho el número de horas diarias laborables. Además, suprimió para los Jueces y Magistrados la autorización de concurrir sólo cinco horas a sus oficinas, por lo cual quedaron incursos en la obligación general de los demás empleados judiciales respecto a concurrir durante la totalidad de las horas de labor.

b). Al decir la segunda de las normas transcritas que los sábados es día hábil "aunque solamente tengan despacho en las horas de la mañana", aclaró que en tal día corren los términos, no obstante que para el público únicamente funcionen las oficinas en el período matinal, y por tanto no dispuso que puedan funcionar en el período vespertino, a discreción de cada Juez o Tribunal; ello se infiere no sólo del tiempo verbal empleado que equivale a "tienen" sino porque colocaría a los empleados del orden judicial en condiciones de inferioridad respecto de los demás empleados públicos, que tienen descanso en la tarde del sábado. En síntesis, lo que dispuso fue que el sábado es día hábil de cuatro horas y se cuenta para todos los efectos procesales.

Realmente la disposición últimamente comentada era necesaria, como aclaración de la anterior, pues cuando ésta entró en vigencia se presentó perplejidad sobre si el día sábado era hábil, sinembargo de utilizarse sólo hasta las doce meridiano. Esta interpretación es la que se acomoda en el presente caso para garantizar la publicidad y la facilidad del remate que la ley busca a todo trance.

De todo lo anterior se infiere que si el remate cuestionado se hizo un día sábado y comenzó a la una de la tarde, como lo admiten Tribunal y partes, se violaron por infracción directa el artículo 1.043 del Código Judicial que ordena que la licitación se realice en horas de despacho y por ende en días hábiles, pues no puede haber despacho en días inhábiles, así como el numeral 2º del artículo 451 del Código Judicial que establece como causal de nulidad en los juicios donde pueda haber subasta pública la falta de las formalidades para ella, entre las cuales se encuentra el día y la hora en que es pertinente realizarla. Igualmente se transgredieron por interpretación errónea las normas de los Decretos Legislativos copiadas.

De los preceptos nombrados el segundo tiene carácter sustantivo, pues confiere un derecho a quien es parte en procesos en que tiene cabida la subasta, consistente en solicitar la nulidad por ausencia de las formalidades consiguientes. Esta acción está consagrada en la norma citada, y no en ninguna otra.

Por lo dicho debe casarse la sentencia acusada con base en el primer cargo, sin necesidad de examinar el restante (Código Judicial Art. 538).

Sentencia de Instancia.

La pretensión propuesta, cuyo trámite está autorizado por el artículo 457, inciso 2º del Código Judicial, es la de declaratoria de nulidad procesal del juicio ejecutivo a que se refiere la demanda, por haberse incurrido en el motivo segundo del artículo 451 **ibídem**; mas esta nulidad no puede abarcar sino la actuación producida después del remate, ya que si el vicio se origina en ausencia de formalidades para la licitación, en últimas el haberse realizado ésta sin el lleno de aquéllas, es lo que viene a configurarla. En este punto, se acogerá la petición subsidiaria del libelo y se reformará la sentencia del Juzgado que extendió la anulación a una fecha precedente.

Es claro que la declaración anterior comprende la anulación del remate mismo, el que por este aspecto constituye una actuación judicial, de modo que la tercera petición se explica como medio para que se cancele la inscripción de la diligencia correspondiente.

En cambio las solicitudes subsiguientes carecen de asidero probatorio, pues no se demostró que Arminda Martínez de Pereira hubiera adquirido de J. Guillermo Restrepo el dominio de los derechos que éste rematara, de manera que habiéndose incluído en la causa de la demanda tal situación, las peticiones sobre ineficacia del título de adquisición citado no pueden recibir despacho favorable. Y como la posesión de dicha señora se hace derivar de tal título, es claro que tampoco puede haber proveimiento favorable sobre restitución y pago de frutos. Y hallándose vinculado el interés en la declaración de dominio de los bienes rematados en cabeza del actor al título de la señora de Pereira, es también claro que aquélla tampoco podrá prosperar.

Las excepciones propuestas no son de recibo, pues la demanda no presenta defecto formal, ni el trámite seguido es inadecuado; la legitimación en causa de las partes es condición de la acción civil y no excepción, y la acumulación de las acciones no ofrece reparo alguno.

Resolución.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley. CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el veintitrés de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, reforma la proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Antioquia el cinco de febrero del mismo año, y en su lugar resuelve:

1º. Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

2º. Se declara la nulidad de lo actuado en el juicio ejecutivo seguido en dicho Juzgado por Marco Tulio Cadavid contra Francisco Vélez, desde el remate efectuado el seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, inclusive.

3º. Como consecuencia de la declaración anterior, la nulidad comprende el susodicho remate en el cual se adjudicó al doctor J. Guillermo Restrepo S., en su carácter de cesionario del tercerista Aparicio Manco y por cuenta de su crédito, el derecho de dominio sobre las dos terceras partes de la finca denominada "Rastrojo-largo", ubicada en el municipio de Buriticá, individualizada en la forma que aparece en el acta correspondiente. Por tanto, se ordena la cancelación del respectivo registro, para la cual el Juzgado de primera instancia librará al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Antioquia el oficio del caso.

4º. Se niegan las demás declaraciones solicitadas en la demanda.

5º. Sin costas en el recurso, ni en la segunda instancia; tampoco en la primera por no haber prosperado varias de las peticiones de la demanda (Decreto 243 de 1951, artículo 2º).

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

AL JUZGADOR COMPETE DETERMINAR LA EXISTENCIA O FALTA DEL ANIMO DE SEÑOR Y DUEÑO, O SEA, EL ELEMENTO SUBJETIVO EN QUE SE DIFERENCIA LA POSESION DE LA TENENCIA, TENIENDO EN CUENTA NO SOLAMENTE LAS EXPOSICIONES DE LOS TESTIGOS, SINO TAMBIEN LA CAUSA U ORIGEN DE LA TENENCIA O DE LA POSESION. — CASO EN QUE PUEDE LLEGARSE A CONCLUIR LA PRESCRIPCION CON BASE EN SOLAS DECLARACIONES, A PESAR DE LA EXISTENCIA DE UN TITULO DE MERA TENENCIA. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 209 DEL C. J. — EXCEPCION PERENTORIA Y PRESUPUESTO PROCESAL LLAMADO DEMANDA EN FORMA. — SUS DIFERENCIAS. — SE RECTIFICA LA DOCTRINA EN EL SENTIDO DE QUE EL ARTICULO 209 DEL C. J. NO ES UNA NORMA DE CARACTER SUSTANTIVO. — NO DAN LUGAR A CASACION LOS ARTICULOS 742 Y 743 DEL C. JUDICIAL, PORQUE NO SON DISPOSICIONES SUSTANCIALES. — SE RATIFICA LA DOCTRINA REFERENTE AL ALCANCE DE LA SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES EN LA CALIFICACION DE LOS CONTRATOS Y EN LA INTERPRETACION DE SUS CLAUSULAS. — LOS CREDITOS PUEDEN TRANSFERIRSE PERO NO LAS OBLIGACIONES QUE ORIGINA TODO CONTRATO BILATERAL SIN LA EXPRESA AUTORIZACION DE LA OTRA PARTE. — PRESTACION DE FRUTOS EN LA ACCION REIVINDICATORIA

1.—Si bien los testigos deben deponer sobre los "hechos positivos a que sólo da derecho el dominio" (Artículo 981 del Código Civil), o sobre "los hechos positivos propios del dueño" en que consiste la explotación económica del suelo (Artículo 1º Ley 200 de 1936), la calificación de si ellos, en realidad, constituyen posesión o mera tenencia es atribución exclusiva del juzgador, al cual compete determinar la existencia o falta del ánimo de señor y dueño, o sea, el elemento subjetivo en que se diferencia la posesión de la tenencia. Para esto, se han de tener en cuenta no solamente las exposiciones de los testigos, sino la causa u origen de la tenencia o de la posesión. Solamente en la situación contemplada en el artículo 2.531 del Código Civil en concordancia con el 1º de la Ley 50 de 1936, podría llegarse a concluir la prescripción con base en solas declaraciones, a pesar de la existencia de un título de mera tenencia, si el que se pretende dueño no puede probar que en los últimos treinta o veinte años se le haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción, y que éste demuestre haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

2.—El artículo 209 del Código Judicial regula los extremos que deben reunirse, para que en una misma demanda se puedan acumular varias acciones dentro de las diversas modalidades que registra esta figura procesal. La reconvención, en cambio si bien "implica uno de los casos de acumulación de acciones", es distinto del anterior, como que lo rigen los artículos 742, 743 y 766 del mismo Código.

3.—El presupuesto procesal llamado demanda en forma, consiste en que el aspecto fórmal del libelo se acomode, en lo general, a lo estatuído por los artículos 205 y 737 del mismo estatuto, al 209 ibídem, cuando se trata de acumulación de acciones en una misma demanda, y al 742 y 743, en el caso de que haya contrademanda.

Declarar probada como excepción perentoria, lo que sólo es la falta del presupuesto procesal llamado demanda en forma, es un grave error, ya que aquélla se "opone a lo sustancial del juicio" y lleva a dictar fallo absolutorio, en tanto que la falta del aludido extremo procesal toca únicamente con la correcta formación de la relación jurídico-procesal, y conduce a la abstención de fallar en mérito.

4. — La indebida aplicación del artículo 209 del Código Judicial no debe reclamarse en casación con base en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial porque aquél no es una norma sustantiva, dado que no consagra el derecho ni la consiguiente acción cuyo cumplimiento se impetra en la demanda, y, de otra parte, él gobierna la acumulación de acciones en una misma demanda, no la demanda de reconvención, sometida a lo preceptuado en los artículos 742 y 743 del C. J.

Dicho artículo 209 tiene un carácter meramente procesal, puesto que se limita a fijar las formalidades que ha de cumplir el libelo en el cual se acumulen o ejerciten al tiempo varias acciones, como son la competencia del Juez para conocer de todas, la compatiblidad de ellas y la misma especie de juicio o de procedimiento judicial. Cuestiones son éstas que, según los términos del mismo artículo, miran al ejercicio simultáneo de varias acciones.

Otro tanto debe decirse en cuanto a la impugnación de la sentencia por falta de aplicación de los artículos 742 y 743 del Código Judicial, referentes a los requisitos que debe llenar la demanda de reconvención. No cabría esta tacha, porque dichos artículos tampoco tienen carácter sustantivo.

5.—La prestación de frutos en la acción reivindicatoria depende de la mala fé del poseedor en aplicación del artículo 964 del Código Civil, y ese factor subjetivo de la posesión corresponde apreciarlo al juzgador conforme a las pruebas aducidas al proceso.

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

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

Rita Talero viuda de Aranguren, cónyuge supérstite de su matrimonio con Joaquín Aranguren, Clodoveo y José del Carmen Aranguren, herederos de aquél en su condición de hijos legítimos del mismo matrimonio, en representación de la sociedad conyugal ilíquida los tres, y de la sucesión intestada de Joaquín Aranguren los dos últimos, por medio de apoderado demandaron en vía ordinaria ante el Juzgado Civil del Circuito de Sogamoso a Luis Eduardo Osorio, para que "se hagan" las siguientes declaraciones y condenaciones:

Primera. Que la sociedad conyugal ilíquida, formada por Rita Talero viuda de Aranguren con su finado cónyuge Joaquín Aranguren, y la sucesión de éste, representadas en la forma expresada, son dueñas exclusivas del globo de terreno, situado en la vereda de Puerta Chiquita, de la jurisdicción de Pesca, comprendido por los linderos expresados en esta súplica.

Segunda. Que en consecuencia, se condene al demandado a entregar a "las entidades en cuyo nombre demandó, representadas por mis poderdantes", el terreno deslindado en la anterior petición.

Tercera. Que igualmente se le condene a restituír a los demandantes los frutos naturales y civiles percibidos y los que hubieran podido percebir, desde la fecha en que tomó posesión del terreno.

Los hechos o **causa petendi** expuestos en el libelo son en resumen:

Rita Talero viuda de Aranguren contrajo matrimonio católico en la Parroquia de Tota el 10 de junio de 1903 con Joaquín Aranguren.

Dentro de este matrimonio nacieron como hijos legítimos Clodoveo y José del Carmen Aranguren, bautizados en Tota el 20 de abril de 1904 y el 16 de julio de 1912.

Existente la sociedad conyugal nacida de equel matrimonio, Joaquín Aranguren, por escritura pública 135 de 18 de marzo de 1928, otorgada ante el Notario del Circuito de Pesca, compró a Pedro Plazas el inmueble, objeto de la reivindicación.

Joaquín Aranguren falleció y fue sepultado en Bogotá el 15 de julio de 1928. Así la sociedad conyugal formada con la cónyuge Rita Talero quedó disuelta y se halla ilíquida.

Igualmente la sucesión de Joaquín Aranguren se encuentra en liquidación, y está representada por sus dos hijos legítimos, Clodoveo y José del Carmen.

Ni la sociedad conyugal ni la sucesión "se han desprendido del dominio del terreno que por la presente acción se reivindica".

Muerto Joaquín Aranguren, la cónyuge y el heredero Joaquín Aranguren constituyeron anticresis sobre el predio **sub-lite** en favor de Julio Roberto Aranguren, el cual cedió el crédito "garantizado por este medio" a Luis Angel Osorio, quien quedó como simple tenedor del inmueble. Luis Angel Osorio, sin haber adquirido el dominio del

terreno, se lo vendió a su hijo Luis Eduardo Osorio, demandado, quien es el actual poseedor.

Cuando éste compró el bien raíz que se reivindica "muy seguramente sabía que no era de su padre, porque sus propietarios no se lo habían vendido, por lo tanto, debe responder de los frutos naturales y civiles desde que entró en posesión de él".

El apoderado del demandado se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenas pedidas.

De los hechos aceptó algunos y negó los fundamentales, en cuanto dice que la sociedad conyugal y la sucesión ilíquidas vendieron por medio de sus representantes, los actores, el dominio del fundo mediante el contrato recogido en el documento de fecha 31 de agosto de 1931 y lo entregaron en la misma fecha a Luis Angel Osorio, "quien lo poseyó hasta cuando lo vendió al demandado y se lo entregó"; que hubo cesión del crédito con anticresis, pero Osorio Alarcón no fue simple tenedor; y que Luis Eduardo Osorio adquirió en prescripción el bien reclamado, porque a su posesión se agregan la de su tradente, Joaquín Aranguren, y la de los antecesores de éste, que fueron, Pedro Plazas, Angel María Aranguren, María del Rosario Galán y Pacífico Daza. Esta agregación de posesiones da un lapso mayor de treinta años.

Propuso las excepciones de prescripción ordinaria y extraordinaria y la de carencia de acción basada en la primera, por la extinción del dominio de los actores.

El mismo apoderado presentó demanda de reconvención contra los demandantes, en las mismas condiciones en que comparecen en la demanda principal, para que se hagan "las siguientes declaraciones".

Primera. Los contrademandados Rita Talero viuda de Aranguren, Clodoveo y José del Carmen Aranguren, están en mora de cumplir el contrato prometido en el documento "de treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y uno, suscrito por ellos y Luis Angel Osorio".

Segunda. Que éste cumplió todas las obligaciones resultantes de la misma promesa de venta.

Tercera. Que, en consecuencia, se condene a los demandados a cumplir las obligaciones que contrajeron en el contrato prometido, "obrando en representación de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por el matrimonio de Joaquín Aranguren con Rita Talero y de la sucesión intestada de aquél".

El libelo expone, en síntesis, los siguientes hechos:

1º. El treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y uno, se firmó en Pesca por los contrademandados el contrato que recoge la promesa de venta del fundo, objeto de la demanda principal, y según él, Luis Angel Osorio, prometiente comprador, "pagó el precio convenido, parte del valor de dos hipotecas que soportaba y el resto en dinero".

2º. No se firmó la escritura el mismo día, pero el inmueble le fue entregado a Osorio "quien lo recibió de Julio Roberto Aranguren en cuyo poder estaba en virtud de un contrato de anticresis que le cedió a Osorio, ocupándolo éste ya como poseedor en razón del contrato prometido.

3º. Sobre el fundo pesaba otro crédito hipotecario a favor de Marco Aurelio Patiño, pero lo pagó también Osorio, quedando como cesionario de ambs créditos y ocupante del fundo.

4º. Los representantes de la sucesión de Joaquín Aranguren y de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, poseyeron la finca hasta cuando se la entregaron a Osorio; Pedro Plazas, vendedor de la finca a Osorio, y quienes se la transfirieron a él, la poseyeron sin solución de continuidad "montando el tiempo del hecho posesorio a más de treinta años".

5º. Luis Angel Osorio exigió de los contrademandados "incesantemente" el cumplimiento de las obligaciones como prometientes vendedores "sin resultado, pero no abandonó la posesión un solo momento hasta cuando le hizo entrega al demandado".

6º. Luis Angel Osorio y el demandado han venido pagando los impuestos que gravan el inmueble.

7º. La buena fé ha presidido todos los hechos realizados por los señores Osorio con relación al fundo materia del litigio.

El representante judicial de los contrademandos contestó el libelo de reconvención oponiéndose a las pretensiones de éste.

De los hechos acepta los referentes a la posesión que la parte contrademandada tuvo del inmueble "hasta cuando se posesionó de él el señor Osorio"; y a la entrega que Julio Roberto Aranguren, tenedor en anticresis, le hizo a Luis Angel Osorio.

Respecto de los demás, manifiesta que no le constan y que deben probarse.

La primera instancia terminó con la sentencia de veinte de septiembre de 1956, por la cual el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sogamoso

declaró la propiedad del terreno a la sucesión ilíquida de Joaquín Aranguren y a la sociedad conyugal, formada por éste y Rita Talero. Condenó al demandado a entregar el inmueble a la misma sucesión y a la sociedad conyugal ilíquida dentro del término de veinte días a partir de la ejecutoria de la sentencia, y a restituírles los frutos naturales y civiles percibidos desde el diez de junio de 1952 hasta el día de la entrega. Ordenó que los frutos, las mejoras y demás prestaciones a que hubiere lugar, se estimaran por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

Declaró no probadas las excepciones propuestas "tanto de la contestación de la demanda principal como en la contestación de la demanda de reconvención.

Declaró "probada la excepcin de inepta demanda en lo relacionado a la demanda de reconvención propuesta, con base en lo expuesto en la parte motiva del fallo".

Apelado éste por el demandado, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, desató el recurso en sentencia de 12 de junio de 1957 mediante el cual "confirma en todas sus partes la sentencia materia del recurso con la aclaración de que la restitución ordenada debe realizarse a la sucesión y a la sociedad conyugal ilíquida representadas por Rita Talero viuda de Aranguren, Clodoveo y José del Carmen Aranguren... en su calidad de cónyuge supérstite la primera y de herederos, como hijos legítimos, los dos últimos, del causante".

El Tribunal motiva su fallo así:

1º. El inmueble de cuya reivindicación se trata fue comprado por Joaquín Aranguren dentro del matrimonio con Rita Talero mediante escritura pública 135 de 18 de marzo de 1928 de la Notaría de Pesca, la cual se halla debidamente registrada. Este bien entró a formar parte del patrimonio social, y por la muerte del cónyuge continúa en cabeza de la sociedad conyugal y de la sucesión ilíquida del causante, porque el título no ha sido cancelado legalmente, y es anterior en mucho a la posesión inscrita y material del demandado.

2º. La acción versa sobre un inmueble singularizado en la demanda por su situación y linderos, y fue debidamente identificado dentro del juicio.

3º. La acción se halla dirigida contra Luis Eduardo Osorio, actual poseedor del inmueble.

Sobre la excepción de falta de personería sustantiva en los demandantes o falta de legitimación activa en causa, derivada del contrato de promesa de venta del inmueble sub-lite, observa el fallador que la venta prometida fue de derechos y acciones en el inmueble, y que la promesa de venta no es título traslaticio del derecho de dominio que pueda cancelar la propiedad existente; que las entidades demandantes son distintas jurídicamente de las personas que han obrado en su representación, que el demandado no es titular del contrato de promesa, y que la cesión que le hizo el prometiente comprador, fuera de que no es procedente, "por tratarse de un contrato bilateral, en que se hacía necesaria la concurrencia de ambas partes, aparece como un pretendido crédito litigioso, sin la formalidad de la licencia del Juez que conozca del litigio".

Acerca de la defensa de prescripción ordinaria y extraordinaria alegada por el demandado, considera en relación con la primera, que hay carencia de justo título, "sea constitutivo o traslaticio de dominio (artículo 765 del Código Civil) que determine la posesión regular (artículo 764 ibídem), no interrumpida por el término de diez años (artículos 2.528 y 2.529 del Código Civil)"; y respecto de la segunda, que la posesión en que se basa requiere el ánimo de señor y dueño, que no puede reconocerse en "la simple tenencia que del inmueble tuviera Luis Angel Osorio, tradente del demandado, desde luego que su tenencia como apoderado de un crédito anticrético sobre el inmueble, no podía convertirse en posesión por el transcurso del tiempo". Además, no se completaría el tiempo de treinta años, ni se puede pretender la agregación de posesiones anteriores a la tenencia del prometiente comprador, porque ésta no se puede convertir en posesión.

Finalmente, encuentra acertada la declaración sobre ineptitud de la demanda de reconvención, no sólo por haberse dirigido contra personas distintas de las entidades demandantes, "sino porque dados los términos de la promesa o contrato respectivos en el cual se comprenden acciones diversas y alternativas, la petición principal se formuló en términos generales con manifiesta indeterminación del fin principal de la demanda misma".

El apoderado del demandado interpuso contra este fallo el recurso extraordinario de casación, que se procede a decidir, ya que está cumplida la tramitación que le señala la ley.

Demanda de casación.

Con respaldo en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial el recurrente le hace tres

cargos a la sentencia del Tribunal que se consideran en el orden en que los propone.

Primer cargo.

Estima el demandante que el fallador de instancia incurrió en violación de la ley sustantiva, al declarar no probada la excepción de prescripción extraordinaria, y ordenar, en cambio, la restitución del terreno. Tal violación proviene de "error manifiesto en la apreciación de las pruebas o falta de apreciación de otras" que condujeron al juzgador a no aplicar al caso **sub-judice** los preceptos que regulan la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio, y a aplicarle equivocadamente los que gobiernan la reivindicación.

Sustenta la tacha con razonamientos cuya síntesis es la siguiente:

Transcribe el aparte de la sentencia de segunda instancia en que el Tribunal considera que no puede declararse la prescripción extraordinaria, porque ella requiere el ánimo de señor y dueño de la posesión el cual no puede reconocerse a la simple tenencia que del inmueble tuvo Luis Angel Osorio "tradente del demandado, desde luego que su tenencia como cesionario de un crédito anticrético sobre el inmueble, no podía convertirse en posesión por el transcurso del tiempo, ni podía él por sí ni ante sí, verificar esa conversión...".

Estos conceptos claramente equivocados continúa el recurrente, los estampa el Tribunal por error manifiesto en la apreciación del documento de promesa de venta, "suscrito entre Rita Talero viuda de Aranguren, Clodoveo Aranguren y José del Carmen Aranguren, como prometientes vendedores, y Luis Angel Osorio, prometiente comprador", porque este contrato de promesa acaba con el crédito anticrético sobre el inmueble, ya que allí se extingue el crédito por la compensación de que hablan los pactantes. Extinguido este crédito no se puede mantener a Luis Angel Osorio en "su actuación sobre la cosa con calidad de acreedor anticrético, porque ya dejó de serlo con la extinción de su crédito. Desaparecido éste, "no hay simple tenencia". Ella se desplazó para convertirse en posesión, no porque por sí y ante sí lo quisiera don Luis Angel Osorio, sino por voluntad de quienes le dejaron la finca sin precariedad, desde luego que les pagó la totalidad del precio en un negocio de transferencia del dominio de la finca. Era apenas obvio que, habiendo dado el prometiente comprador Luis Angel Osorio la totalidad del precio, le dejaran la posesión de la finca".

Transcribe luégo la cláusula segunda del contrato aludido, según la cual el precio de la venta prometida fue de mil cien pesos ($ 1.100.00) que los prometientes vendedores declaran recibido en la siguiente forma: "Novecientos setenta pesos ($ 970.00) en la amortización compensatoria que el contratante señor Luis Angel Osorio hace de los créditos hipotecarios que pesan sobre la finca materia de esta venta" por ser dueño de las acreencias a que se refieren las escrituras 98 de 26 de enero de 1929. Notaría de Sogamoso, por principal de cuatrocientos pesos ($ 400.00), a favor de Marco Aurelio Patiño C., y número 257 otorgada en la Notaría de Pesca a favor de Julio Roberto Aranguren, por la suma de quinientos pesos ($ 500.00) "según corren las notas de endoso puestas al pie de los títulos de que los prometientes vendedores se dan por expresamente notificados para el puntual éxito de la acción; y ciento treinta pesos ($ 130.00) moneda legal que paga el vendedor a Clodoveo Aranguren y que éste da por recibido".

El decir en la cláusula 4ª del mismo documento que Osorio hará la cancelación de las hipotecas mencionadas en el térimno de cuatro meses fijado para extender la escritura de venta "no es una obligación nueva" sino una anotación consecuencial en favor de los intereses del propio señor Osorio nuevo propietario del terreno, "al cual solamente interesaba cancelar el gravamen sobre su finca". Extinguido el crédito se extinguía también la seguridad hipotecaria.

La ausencia de la escritura 257, en que se dice constar la hipoteca y la anticresis a favor de Julio Roberto Aranguren para asegurar el crédito de $ 500.00, la suple el recurrente con el hecho séptimo de la demanda que habla de la anticresis constituída por los demandantes principales y con la declaración del mismo Aranguren, quien expone que era acreedor de Rita Talero y Clodoveo Aranguren, no de Jesús María Aranguren, por ser menor de edad; que recibió el predio por los linderos anotados; y que es cierto lo de la hipoteca lo mismo que el endoso y el pago de los $ 500.00.

El sustanciador, prosigue el recurrente, tampoco tuvo en cuenta el pasaje de la sentencia dictada por el Juez Primero Civil del Circuito de Sogamoso, aducida como prueba por los actores, en el cual se alude a que Roberto Aranguren asevera que fue acreedor de Rita Talero y Clodoveo Aranguren por la suma expresada, que les dio en

préstamo como anticresis sobre el inmueble de Puerta Chiquita, según escritura 257 de julio de 1929, en la cual consta también la cesión que hizo del crédito a Luis Angel Osorio "de quien recibió los quinientos pesos ($ 500.00) y a quien le entregó el terreno". Estos actos u operaciones se hicieron o fueron consentidos por los deudores Rita Talero viuda de Aranguren y Clodoveo Aranguren, agregando que el contrato anticrético se halla respaldado con la hipoteca del mismo terreno.

De esta manera el sentenciador se halla equivocado al pretender amparar a "Luis Angel Osorio con las situaciones contempladas en los artículos 775, 777 y 780 del Código Civil ya que desde la extinción de la anticresis, en 31 de agosto de 1931 tuvo señorío sobre el inmueble como poseedor".

Talero viuda de Aranguren y sus dos hijos, por sí o por medio de su acreedor anticrético Julio Roberto Aranguren, ejercieron posesión antes de esta fecha, puesto que hipotecaron la finca y la dieron en anticresis. Esta posesión la ejercieron desde la muerte de Joaquín Aranguren, quien les dejó la que tenía sobre el terreno desde el 18 de marzo de 1928 en que lo compró a Pedro Plazas por escritura 135 de la Notaría de Pesca. Plazas ejerció la posesión desde el 1º de diciembre de 1920, cuando por escritura 732 de la misma Notaría hubo la finca por compra a Angel María Aranguren y María del Rosario Galán. Esta cadena de posesiones que el demandado ha agregado a la suya para completar los treinta años, se acreditan con las declaraciones que obran en el cuaderno 3º, folios 13 a 23".

Transcribe las de Florentino Bolívar y Pedro Plazas: el primero depone sobre los actos posesorios que ejecutó Pedro Plazas en el fundo hasta cuando se lo vendió a Joaquín Aranguren; sobre los que de éste hasta su muerte, y acerca de la anticresis en que le dio a Roberto Aranguren; asímismo declara que hace unos veinticuatro años lo posee con actos propios de dominio Luis Angel Osorio; que pasó a poder de Luis Eduardo Osorio Trujillo en virtud de la venta que aquél le hizo; el segundo habla de su posesión; de la de su causahabiente Joaquín Aranguren, hasta su muerte, en que pasó a su viuda y herederos; de la anticresis en que lo tuvo Roberto Aranguren, del cual pasó a Luis Angel Osorio, quien siguió poseyéndolo, y en la actualidad lo tiene como poseedor Luis Eduardo Osorio Trujillo.

"El sentenciador apreció deficientemente estos testimonios y los demás aportados por el demandado, o no los apreció, porque al paso que en ellos se habla de haber presenciado la ejecución de los actos constitutivos de posesión, el Tribunal dice que sólo hubo tenencia".

A la observación que pudiera hacerse de que no hay prueba de la entrega de la finca por parte de los prometientes vendedores al futuro comprador, Luis Angel Osorio, contesta el recurrente diciendo que ella se desprende de la declaración de Roberto Aranguren, del texto del contrato de promesa, y del hecho de que lo dejaron ahí tranquilamente ejercitando la explotación y aprovechándose de manera exclusiva".

Transcribe una doctrina de la Corte en sentencia de casación civil de 23 de julio de 1937, cuya parte pertinente subrayada por el mismo recurrente dice: "La posesión puede transmitirse, sea mediante una convención o bien por medio de una entrega real o simbólica".

Insiste en que los demandantes entregaron la posesión a Osorio, real o simbólicamente o permitiéndole que ocupara y explotara la finca tranquilamente y de manera exclusiva; y que esta posesión fue transmitida al demandado Luis Eduardo Osorio.

Termina exponiendo que sí está probada la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio; que no la vio el Tribunal por manifiesta apreciación errónea de hecho, respecto de los elementos probatorios analizados, "lo que lo condujo a no aplicar las disposiciones sustantivas sobre dicha prescripción, y a aplicar en cambio, las relativas a la reivindicación" violando así por vía indirecta los artículos 2.518, 2.531, 2.532, 762, 778, 775, 780, 947, 946 y 964 del Código Civil.

La Corte considera:

El Tribunal no reconoció la prescripción ordinaria, porque faltaba el justo título "constitutivo o traslaticio del dominio" que pudiera determinarla. Y respecto de la extarordinaria, manifiesta también no hallarse establecida "por cuanto, si en esta como en aquella, se requiere el ánimo de señor y dueño de la posesión, no puede reconocerse ese último, en manera alguna, en la simple tenencia que del inmueble tuviera Luis Angel Osorio, tradente del demandado, desde luego que su tenencia como cesionario de un crédito anticrético sobre el inmueble, no podía convertirse en posesión por el transcurso del tiempo, ni podía él por sí y ante sí verificar esa conversión, mucho menos cuando la promesa de contrato exhibida en

el juicio revela claramente su situación precaria en relación con tal tenencia, desde luego que en razón de aquella promesa y mientras la tradición legal no se efectuara, estaba reconociendo prácticamente dominio ajeno, o sea el que pudieran tener sus prometientes vendedores. Fuera de esta consideración sobre el hecho mismo de la posesión, surge la que se desprende del tiempo indispensable para la consumación de tal fenómeno jurídico, que es de treinta años. Pretender que se agreguen y unan en forma sucesiva la posesión que tuviera el adquiriente Joaquín Aranguren, luégo la de la sociedad conyugal y sucesión respectivas en las personas de sus prometientes vendedores, con la tenencia del prometiente comprador, para convertir ésta en una verdadera posesión, es algo verdaderamente inaceptable, precisamente porque la del último no ha sido posesión sino tenencia reconociendo el dominio de aquellos y porque no hay vínculo jurídico alguno de tradición que pudiera determinar esa unión de factores jurídicamente iguales. Sobra agregar, como se ha visto, que las entidades demandantes ni sus representantes se han desprendido, en ningún momento, en forma legal, del dominio que tienen sobre el inmueble en cuestión".

Con la contestación de la demanda presentó el apoderado del reo un documento que contiene el contrato por el cual Talero viuda de Aranguren y los dos Aranguren Talero se comprometen a venderle a Luis Angel Osorio, los derechos y acciones que les corresponden, a la primera, como cónyuge sobreviviente de Joaquín Aranguren, y a los otros, como herederos del mismo, en el inmueble ubicado en el Municipio de Pesca, vereda de Puerta Chiquita, alindado conforme reza la demanda. Se convino el plazo de cuatro meses computado desde el 31 de agosto de 1931, fecha del documento, para perfeccionar el contrato de venta con el otorgante de la escritura respectiva. Se estipuló el precio en mil cien pesos ($ 1.100.00) que los prometientes vendedores declararon tener recibidos del otro contratante, Luis Angel Osorio, en esta forma: Novecientos setenta pesos ($ 970.) que "en amortización compensatoria" hace Osorio en razón de dos créditos hipotecarios que, a título endosatario, tiene a su favor, el uno pactado en escritura pública 98 otorgada en la Notaría Primera de Sogamoso el 26 de enero de 1929 "por principal de cuatrocientos pesos ($ 400.00) a favor de Marco Aurelio Patiño", y el otro, en instrumento 257 de la Notaría de Pesca a favor de Julio Roberto Aranguren por quinientos pesos ($ 500.00) "según corren las notas de endoso puestas al pie de los títulos y de que los prometientes vendedores se dan por expresamente notificados para el puntual éxito de la acción"; y ciento treinta pesos ($ 130.00) que recibió Clodoveo Aranguren.

Como se deduce del aparte transcrito del fallo recurrido el Tribunal no ignoró el contrato de promesa de venta, celebrado entre demandantes y demandado, sino que lo apreció sin desatender el tenor literal y obvio de las palabras empleadas en él. Tampoco acepta ningún hecho, cuya existencia resulte evidente del mismo contrato o de las otras pruebas a que alude el cargo, como se verá adelante; ni desconoce hecho alguno que acredite manifiestamente la promesa o los otros medios de juicio. Es decir, que en la apreciación del contrato no se da ninguno de los errores de hecho posibles según lo tiene aceptado la Corte en relación con esta prueba

Al decir el sentenciador que la tenencia que Luis Angel Osorio ostentaba sobre el inmueble en litigio, como cesionario de un crédito con anticresis sobre él, no podía convertirse en posesión por el transcurso del tiempo, menos cuando la promesa revelaba claramente esa tenencia, desde luego que ella reconocía el dominio que pudieran tener los prometientes vendedores, no se está pronunciando sobre una cuestión de hecho sino sobre el efecto de la promesa, que para el fallador, es la tenencia del bien prometido. Y al afirmar el recurrente que hubo error de hecho en razón de la promesa y de la cancelación del crédito anticrético de que de ella da cuenta, surgió una posesión ,claramente aparece también que el cargo lo radica en los efectos del contrato, punto sobre el cual no cabe la impugnación de la sentencia sino por violación directa de las normas sustantivas que regulan esos efectos.

Sobre la conducencia de los cargos en casación a un fallo, con base en la apreciación de un contrato, la doctrina más reciente de la Corte es: "En punto a la interpretación de los contratos sucede que si el examen dentro del recurso contempla nada más que cosas de hecho, el fallo del sentenciador se hace invulnerable en casación salvo que adolezca de los dichos errores de hecho y de derecho... ...Pero si no se ataca o controvierte la cuestión de hecho, sino el calificativo que en el plano jurídico le corresponda, el cargo no toca siquiera el ámbito probatorio, puesto que versa

ya nada más que sobre temas atinentes a las normas que regulan los hechos, y queda así comprendido dentro del concepto lato de violación directa de la ley sustantiva". G. J. Tomo 79, página 716)... "En consecuencia la interpretación de un contrato por el Tribunal de instancia, es motivo de casación, con base en el inciso 1º del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, cuando el sentenciador ha violado las normas sustantivas de la calificación jurídica de la convención o en la determinación de sus efectos, o con base en el inciso 2º del ordinal 1º del citado artículo, cuando la interpretación ha sido consecuencia de un evidente y flagrante error de hecho o de un error de derecho, en la apreciación de las pruebas concernientes al negocio jurídico. (Ibídem página 707).

Conclúyese que el cargo por este aspecto fue mal formulado. En la acusación referente a que el Tribunal no tuvo en cuenta la parte que el recurrente copia del fallo de primera instancia proferido por el Juez Primero del Circuito de Sogamoso, en el juicio de resolución del mismo contrato de promesa de venta seguido por Luis Angel Osorio contra los demandantes principales en el presente proceso, basta observar que tal aparte es la síntesis que el Juzgador hace de lo que en dicho juicio declaró Roberto Aranguren, respecto de la anticresis y de la cesión que hizo de ella. Esta no es siquiera una declaración trasladada que debiera ser apreciada por el fallador para que pueda hablarse de error de hecho, por no haber sido apreciada. La tercera fase del cargo proveniente de que el sentenciador apreció deficientemente o no apreció los testimonios aportados por el demandado, en cuanto que al paso que ellos hablan de haber presenciado la ejecución de actos de posesión, "el Tribunal dice que sólo hubo tenencia, tampoco tiene consistencia. En efecto, si bien los testigos deben deponer sobre los "hechos positivos a que sólo da derecho el dominio" (artículo 981 del Código Civil) o sobre "los hechos positivos propios del dueño" en que consiste la explotación económica del suelo (artículo 1º, Ley 200 de 1936), la calificación de si ellos en realidad constituyen posesión o mera tenencia es atribución exclusiva del juzgador, al cual compete determinar la existencia o falta del ánimo de señor y dueño, o sea, el elemento subjetivo en que se diferencia la posesión de la tenencia. Para esto se han de tener en cuenta no solamente las exposiciones de los testigos, sino la causa u origen de la tenencia o de la posesión. Solamente en la situación contemplada en el artículo 2.531 del Código Civil en concordancia con el 1º de la Ley 50 de 1936, podría llegarse a concluír la prescripción con base en solas declaraciones, a pesar de la existencia de un título de mera tenencia, si el que se pretende dueño no puede probar que en los últimos treinta o veinte años se le haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción, y que éste demuestre haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

Siendo evidente que Luis Angel Osorio ocupó la finca de Puerta Chiquita como cesionario de un crédito anticrético, y que continuó en ella después de la cancelación del mismo, pero con la obligación de restituírlo, sin que hayan transcurrido los treinta años que exige el artículo 2.531 del Código Civil no puede sostenerse que el Tribunal haya cometido error de hecho, a pesar del dicho de los testigos al respecto, en no considerarlo poseedor sino mero tenedor.

Infiérese que la tacha no tiene fundamento.

Segundo cargo.

Lo formula por violación directa de los artículos 33 de la Ley 57 de 1887, 89 de la 153 del mismo año, 1.960 y 1.962 del Código Civil en cuanto no se aplicaron, y de los artículos 1.969, 1.970 ibídem por indebida aplicación.

Lo funda en resumen así:

El Tribunal respaldando el fallo del Juzgado sostiene que el demandado Luis Eduardo Osorio no podrá demandar en contravención a los actores principales, para exigirles el cumplimiento del contrato de promesa, porque, tratándose de un contrato bilateral, no puede uno de los contratantes ceder sus derechos sin consentimiento del otro, que, por tanto, la cesión hecha por Luis Angel Osorio, prometiente comprador al contrademandante el 10 de mayo de 1955 "no tiene validez y no le confiere personería alguna para exigir el cumplimiento de lo prometido". Transcribe el capítulo en que el Tribunal estudia la excepción de prescripción extraordinaria, el aparte en el cual, a las razones de no haber sido poseedor Luis Angel Osorio ni haber transcurrido el tiempo requerido para cumplirse aquel modo adquisitivo del dominio, añade que el demandado no es titular del contrato, porque la cesión que se le hizo no es procedente debido a que tratándose de un contrato bilateral en que "se hacía necesaria la concurrencia de ambas partes" aparece como de un crédito litigioso sin la autorización del

Juez que conoce del litigio. Lo contrario sería darle eficacia de contrato real a la simple promesa de celebrarlo, "y reclamar derechos u obligaciones por persona o a persona o entidad distinta de aquellas con quienes se han pactado".

Le observa al Tribunal que la promesa es un contrato que produce obligaciones de las cuales es titular el acreedor de ellas, y deudor, el que debe cumplirlas. Aquél tiene un crédito, que hace parte de su patrimonio y puede cederlo, porque no hay disposición que se lo prohiba. Y pueden cobrarlo los sucesores a título universal o singular, y el deudor ha de cumplir sus obligaciones directamente o por medio de sus sucesores.

La promesa, continúa el recurrente, no es contrato celebrado **intuito personae** para que ello pueda tener efectividad entre los primitivos pactantes. Ella tiene un interés patrimonial únicamente. De ahí que cuando el prometiente comprador ha cumplido la totalidad de sus obligaciones, como es la situación de Luis Angel Osorio, y sólo faltaba que le otorgaran la escritura de venta, tenía solamente una acreencia que bien podía cederla, como se la cedió, a Luis Eduardo Osorio, para exigir su cumplimiento.

Tampoco es un derecho litigioso porque la cesión se hizo antes de establecer la demanda de reconvención en este pleito.

Y termina: "El Tribunal confirmó la declaratoria de estar probada la excepción de inepta demanda respecto de la reconvención propuesta por Luis Eduardo Osorio, en la creencia de que este no podía ser cesionario de los derechos del prometiente comprador, lo que manifiestamente infringe los preceptos legales sustantivos apuntados al principio.

Tercer Cargo.

De esta exposición toma pie para formular un nuevo cargo, por indebida aplicación de los artículos 768, 769 y 964 del Código Civil, referente a la condenación del demandado Osorio al pago de frutos naturales y civiles. La razón que da es la de que, si a Luis Angel Osorio los prometientes compradores no pudieron cobrarle frutos, dado que la finca se la dejaron en posesión, al cesionario de aquél tampoco se los pueden exigir, porque, en el peor de los casos, Luis Eduardo Osorio ocuparía la finca como continuador de la situación que en ella tuvo su cedente. Y si a éste sería absurdo cobrarle frutos, mayor lo es pedírselos a su cesionario. Así no se justifica la mala fé imputada a Luis Eduardo Osorio.

Se considera:

El Tribunal expresó: "No se encuentra reparo fundamental a la motivación de la sentencia apelada. El análisis de los elementos que obran en el proceso, es acertado y la Sala de Decisión lo acoge en su integridad agregando algunas observaciones que lo confirman.

Con relación a la demanda de reconvención expuso: "Las mismas consideraciones que se han hecho respecto del contrato de venta presentado como título fundamental de la demanda de reconvención, llevan a la conclusión de que fue acertada la declaración de ineptitud de tal demanda no solamente por haberse dirigido contra personas distintas de las entidades demandantes, sin que sea viable procesalmente la prosperidad de una demanda de reconvención en tales condiciones, sino porque, dados los términos de la promesa o contrato respectivo ,en el cual se comprenden acciones diversas y alternativas, la petición general se formuló en términos generales con manifiesta indeterminación de la demanda misma".

El fallador de primera instancia al resolver sobre la demanda de reconvención, estima que, si nuestra ley la autoriza en los juicios ordinarios, entre las acciones del libelo principal y la de mutua petición debe existir alguna conexidad o afinidad, sin que sea necesario que ambas se originen en el mismo título; que de acuerdo con el artículo 209 del Código Judicial las partes deben ser las mismas o idénticas. Considera que la acción de cumplimiento de la promesa no es incompatible con la de reivindicación propuesta en la demanda principal; que el Juez es competente para conocer de ambas, las cuales se pueden sustanciar bajo la misma cuerda, pero las partes no son idénticas. Si bien, Luis Eduardo Osorio es el demandado principal y contrademandante, no sucede lo mismo con los reconvenidos Rita Talero viuda de Aranguren, Clodoveo y José del Carmen Aranguren, pues, en tanto que en el libelo principal comparecen en representación de la sociedad conyugal formada por la primera y su fallecido cónyuge, Joaquín Aranguren, y de la sucesión ilíquida de éste, en la contrademanda se les cita en nombre propio. Y concluye: "Luego, si se demanda a Rita Talero viuda de Aranguren y a Clodoveo y José del Carmen Aranguren T. para que cumplan un contrato de promesa de venta, no pueden deducirse que sean las mismas

partes en la demanda de reconvención, que en la principal.

"Una cosa es obrar en representación de una sucesión y de una sociedad conyugal ilíquida, y otra muy distinta en nombre propio".

Esta apreciación condujo al fallador a hacer una indebida aplicación del artículo 209 del Código Judicial el cual regula los extremos que deben reunirse, para que en una misma demanda se puedan acumular varias acciones dentro de las diversas modalidades que registra esta figura procesal. La reconvención, en cambio si bien "implica uno de los casos de acumulación de acciones", es distinto del anterior como que lo rigen los artículos 742, 743 y 766 del mismo Código.

El Tribunal no pudo ser más explícito en acoger las razones de considerar distintas las personas contrademandadas de las "entidades" demandantes principales para confirmar, ilegalmente desde luego, el fallo en cuanto a la excepción de inepta demanda, agregando de su parte la indeterminación de la petición principal en el escrito de mutua petición. La alusión que el fallador de segundo grado hace a lo expuesto por él mismo sobre la promesa, solamente tiende a reforzar los razonamientos del Juzgado, pero no es la premisa de la conclusión.

En todo caso, con la debida aplicación del artículo 209 del Código Judicial únicamente apreció el aspecto formal del libelo de reconvención, o sea, el presupuesto procesal llamado demanda en forma, que consiste en que aquél se acomode, en general, a lo estatuído por los artículos 205 y 737 del mismo estatuto, al 209, ibídem, cuando se trata de acumulación de acciones en una misma demanda, y al 742 y 743, en el caso de que haya contrademanda.

Constituyendo la informalidad advertida por el fallador la carencia del presupuesto procesal expresado, le incumbía reconocerla e inhibirse de fallar en el fondo. Pero declarar probada como excepción perentoria, lo que sólo es la falta de tal extremo procesal, es un grave error, ya que aquélla se "opone a lo sustancial del juicio" y lleva a dictar fallo absolutorio, en tanto que ésta toca únicamente con la correcta formación de la relación jurídico-procesal, y conduce a la abstención de fallar en mérito.

Pero la indebida aplicación del artículo 209 del Código Judicial no debe reclamarse en casación con base en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial porque aquél no es una forma sustantiva, dado que no consagra el derecho ni la consiguiente acción cuyo cumplimento se impetra en la demanda, y de otra parte, él gobierna la acumulación de acciones en una misma demanda, no la demanda de reconvención, sometida a lo preceptuado en los artículos 742 y 743 del Código Judicial.

Dicho artículo 209 tiene un carácter meramente procesal, puesto que se limita a fijar las formalidades que ha de cumplir el libelo en el cual se acumulen o ejerciten al tiempo varias acciones, como son la competencia del Juez para conocer de todas, la compatibilidad de ellas y la misma especie de juicio o de procedimiento judicial. Cuestiones son estas que, según los términos del mismo artículo, miran al ejercicio simultáneo de varias acciones.

Otro tanto debe decirse en cuanto a la impugnación de la sentencia por falta de aplicación de los artículos 742 y 743 del Código Judicial, referentes a los requisitos que debe llenar la demanda de reconvención. No cabría esta tacha, porque dichos artículos tampoco tienen carácter sustantivo.

No siendo atacable en casación la sentencia recurrida por violación directa de los artículos citados del Código Judicial, infiérese que la impugnación posible tiene que ser la de haberse dejado de aplicar los preceptos sustantivos que regulan la cuestión **sub-judice**, que es precisamente el cargo hecho por el recurrente, de no haber dado aplicación el Tribunal a los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, 33 de 57 del mismo año, 1960 y 1962 del Código Civil, el primero de los cuales establece las circunstancias que deben concurrir en la promesa de celebrar un contrato para que produzca obligaciones, y los otros señalan las condiciones para que la cesión de un crédito tenga efecto entre el cedente y el cesionario y entre aquél y el deudor.

Este cargo a la sentencia del Tribunal en cuanto confirmó el ordinal 6º de la primera instancia, por el cual declara probada la excepción de inepta demanda respecto de la reconvención, prosperaría, y debería casarse la sentencia para proferir el fallo correspondiente. Empero, como éste sería absolutorio, no podría empeorarse la situación del recurrente, ya que los contrademandados y demandantes principales consintieron la resolución del Juzgado no habiendo apelado de ella.

La sentencia que hubiera de pronunciar la Corte, como Tribunal de instancia, tendría que ser absolutoria por dos razones: la titularidad del reconvencionista radica en la cesión del contrato de

promesa, el cual no es cesible como tal, según lo tiene aceptado la jurisprudencia, basada en que pueden transferirse los créditos pero no las obligaciones que origina todo contrato bilateral sin la expresa autorización de la otra parte; y la nota de cesión del contrato no lleva las estampillas que ordena el artículo 9º del Decreto 92 de 1932, y por mandato del artículo 6º del mismo no podría tenerse como prueba. Es decir, que el contrademandante carecería de título o de **legitimatio ad causam.**

El cargo no prospera, pero ha llevado a la rectificación doctrinaria de que el artículo 209 del Código Judicial no es norma sustantiva.

La impugnación por la condenación al pago de frutos, basada en indebida aplicación de los artículos 768, 769 y 964 del Código Civil, no tiene asidero en el argumento de que si al cedente Luis Angel Osorio, no se le podían cobrar los frutos de la finca, tampoco se le pueden exigir al cesionario, pues la prestación de frutos en la acción reivindicatoria depende de la mala fé del poseedor en aplicación del artículo 964 citado por el recurrente, y ese factor subjetivo de la posesión corresponde apreciarlo al juzgador conforme a las pruebas aducidas al proceso.

Aquél la halló en el demandado Osorio, porque él mismo se declaró tal "a sabiendas de que solamente tiene por cesión los derechos que le corresponden como acreedor anticrético sobre el bien en litigio". Este aserto lo hace respaldado en la respuesta a la tercera pregunta de las posiciones que absolvió, en la cual dice que, al comprar el terreno, sabía que Luis Angel Osorio, su tradente, no tenía título escriturario, pero sí una promesa de venta de dicho bien con Rita Talero, Clodoveo y José del Carmen Aranguren.

Ante la apreciación de esta prueba, concluyente para deducir la mala fé, al tenor del artículo 768 del Código civil, no puede sostenerse que haya habido aplicación indebida de este precepto, según el cual, en los títulos traslaticios de dominio la buena fé "supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla"; ni del 769 en cuyo obedecimiento la mala fé se halla probada; ni del 964, que es precisamente el que ordena "al poseedor de mala fé restituír los frutos naturales y civiles, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder".

Esta tacha al fallo sobre la reivindicación tampoco prospera.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA LA SENTENCIA** pronunciada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el doce de junio de mil novecientos cincuenta y siete en el juicio ordinario de Rita Talero viuda de Aranguren, Clodoveo y José del Carmen Aranguren en su calidad de cónyuge supérstite, la primera, y de herederos, los dos últimos, de Joaquín Aranguren contra Luis Eduardo Osorio.

Sin costas en el recurso por la rectificación doctrinaria que se hace.

Publíquese, cópiese, notifíquese, y devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez.— Arturo C. Posada— Gustavo Salazar Tapiero— Jorge Soto Soto, Secretario.

PODER DISCRECIONAL DEL TRIBUNAL EN LA APRECIACION DE LOS DICTAMENES PERICIALES. — CUANDO LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS HECHA POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA ES SUSCEPTIBLE DE CENSURA POR LA CASACION. — MEDIO NUEVO. — TECNICA DE LA CAUSAL 3ª DE CASACION.— LOS CARGOS HIPOTETICOS NO SON DE RECIBO EN CASACION, PORQUE NO CONSTITUYEN IMPUGNACIONES AL FALLO

1.—La consideración que haga el Tribunal de que el dictamen pericial está "debidamente fundamentado", escapa a la casación, si ,por lo demás, no aparece que tal apreciación sea errónea de un modo evidente en el hecho.

2.—Como es bien sabido, la interpretación de los contratos hecha por el juzgador de instancia sólo es susceptible de censura por la casación cuando se ha cometido violación de las normas sustanciales en la calificación jurídica del contrato o en la determinación de sus efectos; o bien, cuando el sentenciador ha incurrido en evidente error de hecho o en error de derecho en la apreciación de las pruebas referentes a la convención. (G. J. Tomo LXXIX, Págs. 91 y 796).

3.—Cuando ninguna objeción se hace en las instancias a la prueba atacada en casación, el cargo constituye un medio nuevo que no puede ser aceptado en el recurso.

4.—El cargo que se funda en la causal 3ª del artículo 520 del Código Judicial no puede prosperar si no se pidió en tiempo aclaración sobre las disposiciones contradictorias y que éstas subsistan a pesar de ello.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Salazar).

Por escritura pública número 1.020 de 1º de septiembre de 1955 de la Notaría Segunda de Tunja, debidamente inscrita en la Oficina de Registro de Instumentos Públicos de ese mismo Circuito, Epifanio Parada vendió a Blanca Lilia Angarita Melo ocho lotes de terreno, situados en la vereda de Firaya, en jurisdicción del municipio de Siachoque. determinados por linderos que allí se relacionan y conocidos con los nombres de La Casita, Agua Turbia, Santo Domingo, El Borrachero, San Laureano, El Vallado, Las Delicias. Juncal y Mortiño; y además los derechos y acciones que al vendedor le correspondan por concepto de gananciales en la liquidación de la sociedad conyugal que tenía con su esposa María de los Angeles Quemba. Sobre precio dijo el vendedor: "Hace la venta por la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda corriente que se distribuyen así. Los ocho lotes a seiscientos pesos ($ 600.00) cada uno y los derechos y acciones por la suma de doscientos pesos ($ 200.00) moneda legal, cuya suma la declara recibida el vendedor a su satisfacción".

Epifanio Parada murió el 17 de septiembre de 1955 y su nieto José Leopoldo Parada demandó a Blanca Lilia Angarita Melo ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja para que por sentencia se declare que el contrato de compraventa contenido en la escritura 1.020 es inexistente por ser simulado y que como consecuencia se ordene la restitución, por parte de la demandada y en favor de la sucesión intestada de Epifanio Parada, de los bienes que fueron objeto del contrato, junto con sus frutos naturales y civiles y la cancelación del mencionado instrumento.

En subsidio, pidió el actor la rescisión del contrato por haber sufrido lesión enorme el vendedor.

Apoyó estas peticiones en los hechos que pueden resumirse así: Epifanio Parada fue casado con María de los Angeles Quemba y de este matrimonio nació José Fidel Parada, quien a su turno contrajo matrimonio con Hersilia Quemba, habiendo procreado este segundo matrimonio a José Leopoldo Parada, el actor. Fidel murió antes que su padre Epifanio. Este venía sufriendo de años atrás de graves enfermedades que le afectaron la vista, el oído y la memoria y tenía un movimiento nervioso de la cabeza, de arriba hacia

abajo "que parecia significar su aceptación pura y simple a todo aquello que se le pretendiera manifestar". Contra su voluntad fue llevado de Siachoque, lugar de su residencia, a Tunja, por un pariente interesado, para que otorgara la escritura 1.020, lo que así hizo, en favor de Blanca Lilia Angarita Melo, para que ésta "posteriormente favoreciera a determinado pariente de Epifanio Parada", pero sin que hubiera intención de transferir el dominio de los bienes ni de adquirirlo, ni precio efectivo alguno. Inmediatamente después de firmada la escritura fue regresado a Siachoque, donde murió dos semanas más tarde, sin que fuera permitido ser visitado por sus parientes. Que el precio de cinco mil pesos fijado a los bienes "es desproporcionado en exceso al verdadero valor de los bienes, pues ellos tenían el día 1º de septiembre de 1955 un precio comercial superior a treinta mil pesos". Por último, "que existe el presentimiento de que lleguen los bienes a poder de terceros y consecuencialmente se pierden todos los derechos justos que les corresponden a los herederos en la sucesión de su abuelo".

Se opuso la demandada a que se hicieran las declaraciones solicitadas y en cuanto a los hechos sólo aceptó el relacionado con el otorgamiento de la escritura 1.020, manifestando que el contrato de venta no quedó sujeto a condición alguna, habiendo pagado el precio estipulado.

El Juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia por sentencia de 27 de junio de 1957, negando las peticiones principales, por falta de prueba, y decretando la rescisión de la compraventa por haber sufrido lesión enorme el vendedor, condenando a Blanca Lilia Angarita a restituír a la sucesión del mismo los bienes materia del contrato, siempre que no opte por completar el precio que fue fijado pericialmente, junto con los frutos; y a la sucesión de Epifanio Parada a devolver a la compradora los cinco mil pesos que recibió de ésta, junto con los intereses legales desde la fecha de la escritura, en caso de que la demandada no resuelva completar el justo precio, con deducción de una décima parte.

Ambas partes interpusieron recurso de apelación, que resolvió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por sentencia de 12 de marzo de 1958, confirmando los puntos del fallo de primer grado relacionados con las peticiones principales y reformando la declaración sobre recisión del contrato limitándola a los ocho lotes de terreno, quedando a opción de la compradora o consentir en la rescisión o completar el justo precio de tales lotes, fijado pericialmente en la cantidad de $ 17.400.00, con deducción de una décima parte, y que en el caso de que la demandada se resolviere por lo primero se oficiará a la Notaría Segunda de Tunja y a la Oficina de Registro para la cancelación de la escritura 1.020 y de su inscripción "siempre que los demandantes hayan hecho las restituciones del caso al demandado".

El Tribunal excluyó de la acción subsidiaria la venta de derechos y acciones que le correspondieran al vendedor por concepto de gananciales en la sociedad conyugal, por considerar que en el momento del contrato no se podía precisar de modo cierto el valor de los bienes en donde tales derechos se radican y las personas entre quienes se deben distribuír, limitándola a los ocho lotes, respecto de los cuales encontró que el vendedor había sufrido lesión enorme, ya que el precio de venta, ($ 4.800.00), exclusión hecha de tales derechos y acciones, era inferior en más de la mitad del justo precio ,fijado pericialmente en $ 17.400.

LA DEMANDA DE CASACION

Recurrió en casación la parte demandada y habiendo formulado en legal forma la demanda correspondiente, se procede a decidirlo.

Con base en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial formula el recurrente los siguientes cargos contra el fallo del Tribunal:

a) Error de derecho en la apreciación de la prueba pericial que fijó el precio de los ocho lotes vendidos, por haberle dado valor de plena prueba, cuando no tenía ninguno, ya que el dictamen no se puso en conocimiento de las partes, como lo ordena el artículo 719 del Código Judicial, lo que motivó la violación de los artículos 1.946, 1.947 y 1.948 del Código Civil, por indebida aplicación.

b) Error de derecho en la apreciación del dictamen pericial y violación de las anteriores normas del Código Civil, porque el Tribunal le asignó valor de plena prueba cuando no tiene ninguno por carecer de fundamentación, como lo exige el artículo 721 del Código Judicial.

c) El tercer cargo está presentado en forma hipotética, para el caso de que el Tribunal entendiera que "la inspección ocular con peritos es una prueba indivisible que por sí sola prueba el justo valor comercial de los lotes de terreno materia de la acción rescisoria", pues en tal caso habría

incurrido en error de derecho, "porque el valor comercial no se prueba con la inspección del Juez sino con peritos". siendo la inspección un auxiliar de la prueba pericial, error que habría conducido a la violación de los mismos artículos del Código Civil.

d) "Los peritos no expresaron que su dictamen o avalúo se refiriera al tiempo del contrato. Lo rindieron en tiempo presente, cuando el contrato hacía más de un año que se había celebrado. A pesar de esto, el Tribunal apreció el dictamen como rendido para el tiempo del contrato". Incurrió así el sentenciador en error de hecho en la apreciación de tal prueba, lo que lo llevó a la violación de las mismas normas del Código Civil, especialmente el inciso 2º del artículo 1.947 que establece que "el justo precio se refiere al tiempo del contrato".

e) "El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba pericial, porque la apreció con referencia a todos los lotes de terreno como si hubiera sido un solo contrato con precio global, sin tener en cuenta que hubo tantos contratos como lotes vendidos, y que no en todos éstos el precio fue inferior a la mitad de su justo precio al tiempo del contrato, según el avalúo de los peritos". Cita el caso de los lotes llamados La Casita. El Vallado y El Borrachero, para los cuales los peritos fijaron como justo precio las cantidades de $ 5.000.00 para el primero y $ 1.000.00 para los otros, habiendo sido el precio de venta de $ 600.00 para cada uno. Error que llevó al Tribunal a violar los mismos artículos del Código Civil, por indebida aplicación, al decretar la rescisión de la venta de tales lotes, cuando su precio no resultó inferior a la mitad del fijado por los peritos.

f). Según el recurrente, no está probada legalmente la muerte de Epifanio y de Fidel Parada, porque las copias de las partidas de defunción traídas al juicio aparecen autorizadas por el Oficial de Estadística y el Secretario de la Alcaldía de Siachoque, pero nó por el Alcalde, quien es el funcionario que ha debido firmarlas para que tengan valor en juicio, según la Ley 92 de 1938, y como el Tribunal les dio valor de plena prueba, incurrió en error de derecho en la apreciación de tales documentos, que lo llevó a violar los mismos artículos del Código Civil citados en los cargos anteriores.

g). Por último, el recurrente considera que el Tribunal violó de manera directa, por indebida aplicación, los artículos 1.946, 1.947 y 1.948 del Código Civil, por cuanto solamente decretó la rescisión de la venta de los ocho lotes de terreno, dejando por fuera lo relacionado con la venta de los derechos y acciones, y sin embargo en el numeral 4º de la parte resolutiva ordenó la cancelación de toda la escritura 1.020 y su registro, por lo que el fallo "comprendió más de lo debido", y a los citados artículos "se les hizo producir efectos jurídicos más allá de su alcance en este proceso".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Según aparece del expediente (cuaderno 1, página 24 vuelto y 25), el primer cargo no tiene fundamento, porque el Juzgado sí puso en conocimiento de las partes, por tres días, el dictamen pericial, por auto de 30 de marzo de 1957, el que fue notificado el 2 de abril siguiente y los autos permanecieron en la Secretaría por el término expresado, quedando así satisfechas las exigencias del artículo 719 del Código Judicial.

2. Sobre el valor probatorio de este dictamen, dice el fallo acusado: "Según el avalúo pericial practicado en la primera instancia, la suma de los valores de los inmuebles La Casita, Agua Turbia, Santo Domingo, El Borrachero, San Laureano, El Vallado, Las Delicias, Juncal y Mortiño, es de diecisiete mil cuatrocientos pesos ($ 17.400). Este peritazgo merece ser tenido como plena prueba para demostrar el justo precio de la cosa vendida, al momento del contrato, por haber sido producido de acuerdo con las normas procedimentales y estar debidamente fundamentado".

A este respecto ha dicho la Corte: "El mérito del dictamen pericial, en conformidad con las normas legales que organizan la tarifa de pruebas, está casi por entero subordinada al prudente arbitrio del juzgador en la instancia, puesto que aún en el caso de avalúo o de regulaciones en cifra numérica, en que su fuerza es más concluyente que en las otras hipótesis en que es aplicable la peritación. sucede sin embargo que el poder discrecional del Juez aparece cuando se trata de saber si el dictamen está debidamente fundamentado para alcanzar el valor de plena prueba". (G. J. Tomo LXXIX, 184).

Como antes quedó visto, el Tribunal consideró que el dictamen pericial está "debidamente fundamentado", apreciación que escapa a la casación, si, por lo demás, no aparece que esta estimación del juzgador sea errónea de un modo evidente en el hecho. En efecto: El dictamen fue

rendido de manera uniforme por los peritos que las partes designaron y estando debidamente posesionados, deliberaron juntos y para dar los avalúos de los bienes sometidos al dictamen tomaron en consideración diversos factores y circunstancias de los mismos, tales como la cabida, clase de tierra, cercos y estado de las mismas, aguas para el beneficio y si se trataba de terrenos planos o quebrados, todo lo cual indica que su informe obedeció a un examen cuidadoso. Además, las partes no solicitaron ampliación o aclaración, ni lo objetaron por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción dentro del término del traslado.

3. El Tribunal analizó independientemente el dictamen pericial y la diligencia de inspección ocular, dándole al primero el valor probatorio que le asigna el artículo 721 del Código Judicial. Por lo demás, los cargos hipotéticos no son de recibo en casación, porque no constituyen impugnaciones al fallo.

4. Por lo que hace al cargo de que el avalúo dado por los peritos a los bienes objeto del contrato se refiere al momento en que los expertos rindieron su dictamen y nó al tiempo del contrato, se tiene lo siguiente:

En el memorial de pruebas presentado por la parte actora en que solicita la práctica de la inspección ocular a los inmuebles relacionados en la escritura 1.020, con intervención de peritos, concretamente pide que se avalúen por "la época del 1º de septiembre de 1955" y el Juzgado en el auto en que la decretó (cuaderno número 3, folio 4) dijo que tenía por finalidad, además de identificar tales bienes, establecer "el valor comercial de todos los predios a que alude el punto inmediatamente anterior por la época del primero de septiembre de 1955, habida cuenta de su cabida en fanegadas o hectáreas, cercas, mejoras y demás anexidades".

De tal suerte que los peritos rindieron el avalúo de los bienes con relación a la fecha señalada en tal providencia, pues como dice el expositor Lessona tratando de la enunciación del objeto del peritaje "lo importante es que el proveído contenga esa enunciación, puesto que a ella han de atenerse y no a otra cosa los peritos". (Su obra, Tomo IV, Pág. 665).

5. En relación con la interpretación de la cláusula del contrato en que las partes fijan el precio de la venta, dijo el Tribunal:

"La duda surge de que al mismo tiempo que se determina el valor global de la venta, se señala un precio para cada uno de los lotes vendidos. Dado que éstos no forman un bien de los considerados compuestos por el derecho, podría pensarse que se trata de tantas ventas como bienes vendidos, y correspondientemente, de igual número de acciones que los tuvieran como objeto. Pero si se considera que el valor individual fijado en la venta sólo es el cuociente de la división del precio total por el número de los objetos vendidos, tal determinación no puede equivaler a una fijación individual del precio. De acuerdo con esto el valor que se debe tomar en cuenta es el global y no el individual de cada predio.

"Que el valor individual fijado en la venta no obedeció a la intención de que se le tomara en cuenta para otro efecto que el simplemente aritmético, se establece además, si se observa que los predios tenían diferentes valores, atendiendo a sus características de extensión, clase de tierra, regadío, etc.. que aparecen en la diligencia de inspección ocular, y que es de suponer conocían los contratantes. En el caso extremo se podría aceptar que se hizo una venta tratando de buscar un promedio en el valor de los lotes, compensando el valor de unos con el de los otros, y entonces la interpretación de la voluntad, de los contratantes llevaría a considerar que es el valor global el que se debe tener en cuenta y no el individual".

Estima el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho en esta interpretación, que lo llevó a violar las normas que consagran la rescisión de la venta por lesión enorme, ya que el precio de $ 600.00 fijado por las partes para cada lote no resultó inferior a la mitad del que fijaron los peritos para algunos de ellos y que el Tribunal tuvo por justo precio.

Como es bien sabido, la interpretación de los contratos hecha por el juzgador de instancia sólo es susceptible de censura por la casación cuando se ha cometido violación de las normas sustanciales en la calificación jurídica del contrato o en la determinación de sus efectos; o bien, cuando el sentenciador ha incurrido en evidente error de hecho o en error de derecho en la apreciación de las pruebas referentes a la convención. (G. J. Tomo LXXIX, Págs. 91 y 796).

"Es doctrina constante de la Corte la de que cuando una cláusula se presta a dos interpretaciones razonables —o siquiera posibles— la adopción de cualquiera de ellas por el sentenciador, no genera error evidente puesto que donde hay duda no puede haber error manifiesto en la interpretación". (G. J. Tomo LXI Bis y LXVIII, página 561).

La interpretación que el Tribunal le dio a la cláusula sobre precio de los bienes vendidos no adolece de error de hecho evidente y es completamente razonable, dentro de las varias que pudiera dársele.

6. El cargo de que no está probada la muerte de Epifanio y de Fidel Parada porque las copias de las partidas de defunción traídas al juicio carecen de algunas formalidades, no puede prosperar porque las copias en referencia aparecen expedidas con inserción de las actas correspondientes y están autorizadas no sólo por el Oficial de Estadística, encargado de los libros de registro del estado civil, sino también por el Secretario de la Alcaldía por autorización del Alcalde. En esta forma, las partidas están amparadas por la presunción de autenticidad y pureza que les reconoce la ley, la que no se ha intentado desconocer por la parte que ahora las ataca por otro concepto. (Artículos 392 y 1.759 del Código Civil y 632 del Código Judicial).

Además. puesto que ninguna objeción se hizo en las instancias a la prueba ahora atacada, el cargo constituye un medio nuevo que no puede ser aceptado en casación.

7. Por último, el recurrente estima que hay contradicción en lo declarado en los numerales primero y cuarto de la parte resolutiva del fallo acusado, ya que el primero decreta la rescisión de la venta de los ocho lotes de terreno, excluyendo la de los derechos y acciones en la sociedad conyugal; y el cuarto ordena la cancelación total de la escritura 1.020 y su registro, y así el cargo se fundaría en la causal 3ª del artículo 520 del Código Judicial.

Tampoco puede prosperar esta acusación porque el legis'ador exige que se haya pedido en tiempo aclaración sobre las disposiciones contradictorias y que éstas subsistan a pesar de ello, lo que no aparece se hubiera hecho en el presente juicio.

Es obvio que habiendo decretado el Tribunal la rescisión por lesión enorme solamente de los ocho lotes de terreno, excluyendo lo relacionado con los derechos y acciones en la sociedad conyugal, al decretar la cancelación de la escritura 1.020, implícitamente se refería a los mencionados lotes, y en el oficio que se debe librar al Notario y al Registrador expresamente se les debe advertir que queda vigente en lo demás.

Además, si la compradora conviene en completar el justo precio de los bienes vendidos, según derecho concedido por la ley y que la sentencia reconoce en el ordenamiento segundo, queda sin operancia el ordenamiento cuarto, que el recurrente estima excesivo.

DECISION:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de fecha doce de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el presente juicio de José Leopldo Parada contra Blanca Lilia Angarita Melo.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar T.—Jorge Soto Soto, Secretario.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO SOBRE CONSTRUCCION DE UN EDIFICIO. — INTERPRETACION Y ALCANCE DEL INC. 2º DEL ARTICULO 2056 DEL C. CIVIL. — ESTA NORMA RIGE TAMBIEN PARA LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCION EFECTUADOS SOBRE LA BASE DE UN PRECIO FIJO. — DONDE HAY CULPA HAY RESPONSABILIDAD Y DESDE QUE ESTA EXISTA HAY LUGAR A INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — TECNICA DE LA CAUSAL 1ª DE CASACION. — ES DEBER DEL RECURRENTE SEÑALAR LA PRUEBA QUE CONSIDERA APRECIADA ERRONEAMENTE POR EL FALLADOR DE INSTANCIA. — AUTONOMIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS MIENTRAS NO SEAN CONTRARIAS A LA EVIDENCIA. — EL INCUMPLIMIENTO O EL CUMPLIMIENTO TARDIO DE UNA OBLIGACION DE CARACTER CONTRACTUAL NO DA LUGAR A EXIGIR INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS MORALES

1.—El inciso 2º del artículo 2.056 del Código Civil prescribe que quien encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, puede hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos y dándole lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiere ganado en la obra. Como se ve y se desprende del tenor literal del referido artículo, allí se otorga un derecho a favor de la persona que encargó la obra que le permite o lo faculta para ordenar su suspensión, pero al propio tiempo le impone una obligación indemnizatoria exigible por el artífice en los términos prescritos en la referida norma.

Según el tenor literal del referido inciso 2º del artículo 2.056, éste rige también para los contratos de construcción efectuados sobre la base de un precio fijo y forma parte del sistema de preceptos sustantivos que regulan específicamente en nuestro Código Civil los contratos para la confección de una obra material.

2.—Donde hay culpa, enseñan los doctrinantes, hay responsabilidad y desde que ésta exista, hay lugar a indemnización de perjuicios.

3.—Cuando el fallo se impugna por el primero de los motivos de casación establecidos en el artículo 520 del Código Judicial, el recurrente, en vez de limitarse a glosar a la ligera algunos pasajes de la motivación del fallo, debe atacar eficazmente los fundamentos jurídicos que de soporte le sirvieron, y demostrar que la sentencia recurrida es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, como es de rigor hacerlo dentro de la técnica de este recurso para la procedencia de una acusación.

4.—No siendo la casación una tercera instancia, no compete a la Corte proceder oficiosamente a estudiar todo el proceso para decidir si están mal o bien apreciadas las pruebas. Menester es que sean señaladas o determinadas precisamente aquellas con respecto a las cuales incidió en error de hecho o de derecho el tribunal.

5.—Como el Tribunal es soberano en la apreciación de las pruebas, la convicción a que llegó a través de los diversos elementos probatorios que obran en el proceso, no puede ser modificada por la Corte. Sólo 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, el recurso de casación prospera.

6.—Cuando se trata del incumplimiento o del cumplimiento tardío de una obligación de carácter contractual, no cabe un reclamo por razón de perjuicios morales. Esta ha sido la doctrina de la Corte, la cual ha consignado su pensamiento sobre el particular en numerosos fallos, entre ellos, el de fecha 29 de octubre de 1945 (G. J. LIX, 748).

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Por documento privado de fecha 5 de agosto de 1953, Paulina Henao de Marín y Ana Henao de García, por una parte, y Francisco Antonio Cossio, por la otra, celebraron un contrato, según el cual el segundo de los nombrados se comprometió en su carácter de arquitecto a construir un edificio en un lote de propiedad de las señoras Henao. Se acordó como precio de la construcción la suma de $ 8.500.00 moneda corriente, la cual las contratistas le entregarían al arquitecto por cuotas suficientes para atender a los gastos de construcción a medida que ésta lo requiriera, comprometiéndose a entregar las sumas correspondientes a los vales según la obra se fuera ejecutando, pudiendo las señoras Henao pagar los vales de los trabajadores como abrir las cuentas para pedir los materiales que fueren necesarios para la construcción de la obra. Convínose también que las contratistas le entregarían al arquitecto en el curso de ocho días, como cuota inicial, para gastos previos, como impuestos, arreglo del piso, herramientas, etc., la suma de $ 400.00 moneda corriente. A su vez obligóse el arquitecto a desarrollar la construcción de conformidad con los planos que las contratistas tenían aceptados y de acuerdo con las especificaciones mencionadas en el respectivo contrato. Obligóse asímismo el arquitecto a responder de cualquier defecto de la construcción, imputable a su culpa, y a pagar como multa la suma de $ 50.00 diarios en caso de no entregar la edificación en el plazo fijado en la cláusula décima que fue el de 120 días contados a partir del 10 de agosto de 1953.

Afirmando el arquitecto que las señoras Henao de Marín y Henao de García, habían violado el contrato antes mencionado, pues dejaron de suministrarle los dineros necesarios para la construcción a partir de la semana comprendida entre el 14 y el 20 de septiembre de 1953, promovió contra ellas ante el Juzgado Civil del Circuito de Medellín, demanda civil ordinaria en la cual formuló las siguientes súplicas:

"a) Que las señoras Ana Rita Henao de García y Paulina Henao de Marín, han dejado de cumplir las obligaciones que contrajeron para con el señor doctor Francisco Cossio, por medio del contrato legalmente celebrado entre éstas y aquél, con fecha 5 de agosto de 1953, firmado en esta plaza de Medellín y debidamente estampillado.

"b) Que se declare resuelto el contrato prenombrado por el incumplimiento de las señoras mencionadas.

"c) Que como consecuencia de la resolución del contrato las señoras Henao de García y Henao de Marín, están en la obligación de pagar a mi poderdante la suma de diez mil pesos moneda legal ($ 10.00.00), dentro del término de seis días o dentro del plazo señalado por su despacho o determinado por la ley, como perjuicios que le causaron con el incumplimiento del contrato ya mencionado.

"b) Que las señoras Ana Rita Henao de García y Paulina Henao de Marín están en la obligación y deben pagar a mi poderdante, señor doctor Francisco A. Cossio, la suma de un mil ciento catorce pesos con quince centavos ($ 1.114.15) moneda legal que éste erogó de su peculio en jornales y compra de materiales en la construcción de las demandadas.

"En subsidio, le suplico se condene a las señoras Ana Rita Henao de García y Paulina Henao de Marín, a pagar a mi mandante, doctor Francisco A. Cossio, los perjuicios que sean apreciados por peritos durante el término probatorio o en otro juicio distinto, conforme al artículo 553 del Código Judical, perjuicios provenientes de la violación del contrato de 5 de agosto de 1953.

"Sea que se decreten las súplicas principales o la subsidiaria le suplico se sirva condenar a las señoras Henao de García y Henao de Marín, a pagar al doctor Francisco A. Cossio, los pagos y costas del presente juicio".

Las demandadas por medio de apoderado contestaron la demanda negando sus hechos fundamentales, se opusieron a las súplicas allí impetradas y en escrito separado que lleva fecha 4 de diciembre de 1954, contrademandaron al arquitecto Francisco A. Cossio y formularon las siguientes súplicas.

"a) A pagarme los perjuicios de todo orden que me causó con el incumplimiento del contrato de construcción a que se refiere la demanda y que se comprenden así: 1º Por daño emergente la suma de $ 7.727.10 moneda legal y por lucro cesante la cantidad que se demuestre en el juicio con base en que el 10 de diciembre de 1953 ha debido entregar la casa completamente terminada y desde esa fecha debió producir un cánon por lo bajo de $ 235.00 mensuales, en que fue alquilada hace aproximadamente dos meses; y 2º Por los perjuicios morales que estimo en la suma de $ 2.000.00; 3º. Por los intereses legales tanto del capital comprendido por el daño emergente

como por la suma que represente el lucro cesante; y 4º. Por las costas y gastos del juicio.

"b) Subsidiariamente, que se declare: 1º Que el doctor Francisco Cossio es responsable civilmente por culpa contractual y me debe pagar, consecuencialmente los perjuicios de todo orden que causó a las propietarias del edificio que él debió construír dentro de un lapso determinado y dentro de las estipulaciones pactadas en el contrato escrito; 2º. Que consecuencialmente y en sentencia firme se le debe condenar a los perjuicios discriminados en la petición principal y en las costas del juicio; y

"c) Mas subsidiariamente: 1º. Que se declare por sentencia firme que el arquitecto Francisco A. Cossio incurrió en mora en el cumplimiento del contrato de construcción a que se refiere tanto la demanda principal como la demanda de reconvención y es deudor de los perjuicios ya determinados en la petición principal; 2º. Que aparte de los perjuicios debe los intereses legales sobre los guarismos que los forman y en las condiciones indicadas en la primera petición; 3º. Que igualmente debe condenarse en costas".

Para fundamentar su demanda expusieron numerosos hechos que pueden resumirse así:

Primero. Que durante la ejecución del contrato el arquitecto gastó en la obra la suma de $ 8.509.50, es decir $ 9.50 más de lo estipulado en la cláusula segunda del contrato.

Segundo. Que cuando había avanzado la construcción se les informó a las demandantes señoras Henao por algunos vecinos y trabajadores que la obra del arquitecto doctor Cossio estaba amenazando ruina y que ante tal clamor, tuvieron que dirigirse a la casa de arquitectos "Caputi Uribe Limitada" para que constataran como técnicos el estado de la construcción habiéndose practicado el 4 de diciembre de 1953 una inspección ocular por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Medellín, en la cual quedó establecido el hecho del peligro que amenaza el edificio.

Tercero. Que para corregir los defectos de construcción tuvieron las demandantes que ocurrir al señor Julio Burgos. quien gastó para corregir los defectos de arquitectura la suma de $ 1.417.45.

Cuarto. Que posteriormente ocurrieron a la firma de arquitectos Vélez, Posada y Rodríguez para que hicieran una completa reconstrucción del edificio lo cual se hizo con un costo de $ 6.300.26.

Agotada la tramitación procesal de la primera instancia, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín, por sentencia de fecha 23 de mayo de 1956, desató la litis, en los siguientes términos:

"Demanda principal.

"a) Declárase que las señoras Ana Rita Henao de García y Paulina Henao de Marín, dejaron de cumplir las obligaciones contraídas con el señor D. Francisco A. Cossio mediante el contrato suscrito el 5 de agosto de 1953.

"b) Declárase resuelto el aludido contrato.

"c) Como consecuencia de la declaración anterior, las demandadas están en la obligación de pagarle al demandante, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de tres mil ciento noventa y cinco pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 3.195.45) que le adeudan por concepto de los expresados perjuicios.

"d) Se condena a las demandadas en la mitad de las costas.

"e) No se hacen las demás declaraciones solicitadas.

"Demanda de Reconvención.

"1º. Se declaran no probadas las excepciones propuestas por el demandado.

"2º. Declárase que el señor D. Francisco A. Cossio, demandado, es civilmente responsable por culpa contractual, para con las demandantes, y en consecuencia, debe pagar los perjuicios causados a ésta en la construcción que se obligó a ejecutarles.

"3º. Como consecuencia de la declaración anterior, el demandado está en la obligación de pagarle a las demandantes, dentro del término de los diez días siguientes al en que esta sentencia quede ejecutoriada, la suma de $ 5.445.45, por concepto de tales perjuicios-daños emergentes y lucro cesante.

"4º. No se hacen las demás declaraciones impetradas.

"5º. Se condena en la mitad de las costas al demandado".

Ambas partes interpusieron el recurso de apelación contra la providencia cuya parte resolutiva acaba de ser transcrita y el Tribunal Superior de Medellín, por sentencia de fecha 24 de octubre de 1956, decidió lo siguiente:

"Por tanto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autorida de la ley, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar resuelve: 1º. Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

"2º. No hay lugar a declarar resuelto el contrato de que trata este juicio.

"3º. Las señoras Ana Rita Henao de García y Paulina Henao de Marín, deben y están obligadas a pagar al señor Francisco Cossio dentro de diez días de ejecutoriada esta sentencia: a) La suma de $ 1.114.15 que invirtió de su peculio en la ejecución de la obra; b) La cantidad de $ 624.27 que corresponde a lo que hubiera podido ganar en la obra con base en el trabajo ejecutado.

"4º. El señor Francisco A. Cossio incumplió el contrato y por tanto pagará a las señoras Ana Rita Henao de García y Paulina Henao de Marín dentro del mismo plazo de diez días la cantidad de $ 3.780.14 cantidad en que se estima el perjuicio sufrido por ellas por el incumplimiento del arquitecto en la ejecución de la obra.

"5º. Se condena a las partes en las costas por mitad.

"6º. No hay lugar a hacer ninguna de las otras declaratorias solicitadas en las demandas principal y de reconvención".

No satisfechas las partes con la anterior providencia, interpusieron el recurso extraordinario de casación, pero por auto de fecha 27 de septiembre de 1957, que se halla ejecutoriado, se declaró desierto el interpuesto por la parte recurrente demandante. Oportunamente el apoderado del recurrente demandado presentó su demanda de casación, en la cual formuló dos cargos contra la sentencia del tribunal, los cuales proceden a examinarse en su orden.

LA DEMANDA DE CASACION

Primer cargo.

En la primera parte de su demanda afirma el recurrente que el contrato celebrado entre el arquitecto Cossio y las señoras Henao no es "sobre prestación de servicios arquitectónicos y administración", como lo denominó el tribunal y al efecto dice:

"Me atrevo a afirmar que no se trata de un contrato por servicios arquitectónicos y de administración.

"El Título XXVI del Libro IV del Código Civil, que trata Del Contrato de Arrendamiento, está dividido en diez capítulos. El Capítulo IX versa sobre el arrendamiento de servicios inmateriales, y dentro de sus normas no cabe la convención a que se refiere el documento Cossio- Henaos. El artículo 8º trata de los Contratos para la confesión de una material, y aquí sí está ubicado aquel contrato, pero no como arrendamiento, del cual no participa.

"Dentro de este Capítulo 8º hay un artículo que se puede llamar extraño a él y que dice:

" 'Los contratos para construcción de edificios celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujeta además a las reglas siguientes'...

"Este es el campo propio del contrato Cossio-Henaos 'Contrato de Empresa' de que hablan varios Códigos, y que tiene su especial reglamentación (Código Civil Soviético, traducción de Luis Adduard, artículos 220 y siguientes. Diccionario de Derecho Privado, dirigido por Ignacio Caso y Romero y un grupo de juristas, página 1.749). Algunos lo llaman Arrendamiento de Industria, pero en lo moderno este contrato ha sido emancipado del de arrendamiento y ha tomado casilla propia en la legislación civil, con autonomía jurídica y con el nombre de Contrato de Empresa".

A continuación procede el recurrente a formular como primera causal de casación la siguiente:

"Con fundamento en el artículo 520 del Código Judicial acuso la sentencia en esta parte por violación directa y aplicación indebida de los artículos 1.494, 1.495, 1.602, 1.603, 2.056 inciso 2º y 2.060, especialmente su regla 1ª todos del Código Civil".

En desarrollo del cargo dice la demanda:

"Según el documento, aceptado por ambas partes, Cossio se obligó para con las señoras Henao a construír para ellas un edificio 'con acabado completo y en estado de darse al servicio', y las señoras Henao se obligaron a pagarle al constructor, por la obra, la suma de $ 8.500.00, suma ésta 'que comprende toda la labor del arquitecto'. Se dice además: los planos que las propietarias tienen aceptados 'podrán estar sujetos a variaciones por acuerdo entre las partes sin que esto altere el precio del contrato'. Y se agrega, por último: 'El arquitecto responderá por cualquier defecto de la construcción que sea imputable por su culpa'.

"Se trataba entonces, de un precio fijo, no sometido a variación alguna, ni aún en el caso de modificación del plano. Un precio cerrado, que las señoras Henao pagaron, hasta con alguna demasía.

"Sin embargo, en la sentencia se dice nada más que esto para justificar la condena contra mis mandantes:

" 'En consecuencia, se condenará a las señoras

Henao a reemplazar a Cossio lo que **hubiera gastado en la obra** (Subrayo). Y más adelante se dice: 'Como el señor Cossio hizo un desembolso de $ 1.114.75, se ordena su reembolso...' Nada más. No se expuso razón ninguna.

"Gastó Cossio de sus propios fondos aquella suma? Es posible, pero nada tienen que ver con esto las señoras Henao, porque la tarea que debía realizar Cossio era a precio fijo y se pagó".

Procede enseguida el recurrente a criticar algunos pasajes de la sentencia recurrida, pero en resumen toda su impugnación va enderezada a demostrar que el sentenciador aplicó indebidamente al caso sub-lite el inciso segundo del artículo 2.056 del Código Civil, que fue uno de los que sirvieron de soporte jurídico a la resolución del tribunal. Sobre el particular dice la demanda:

"Antes de examinar este texto legal, debo hacer algunas declaraciones sobre el particular.

"La labor de Cossio fue suspendida automáticamente, por estas razones: a) Porque el basamento de la casa, según pruebas varias del expediente, no servía para el caso; b) Porque por éste y otros vicios, la edificación desde un principio estaba amenazando ruina, según lo acepta la misma sentencia (véase entre otras pruebas, la inspección ocular, folio 22 vuelto, cuaderno número 6); c) Porque Cossio había recibido de mis mandantes, y gastado, una suma un poco mayor del contrato; y d) Porque las quejas y los temores de los vecinos eran muchos. No hubo, pues, convenio entre las partes para suspender la obra. Las circunstancias, ocasionadas por Cossio, determinaron la suspensión. (V. folio 12, cuaderno número 6, declaración Vélez-Pabón).

Consideraciones de la Corte.

Ciertamente, el contrato de construcción a que se hizo referencia anteriormente lo denominó el sentenciador, "de prestación de servicios arquitectónicos y administración", pero esta circunstancia en el caso controvertido carece de importancia, porque la denominación jurídica del contrato ni incide en la sentencia, ni fue fundamento de ella, desde luego que no está basada en el nombre dado por el sentenciador al convenio, sino en el hecho de tratarse de un contrato bilateral que por sus modalidades específicas estimó el tribunal pertenecer a aquel tipo de contratos expresamente definidos y reglamentados en el Capítulo VIII Título XXVI del Libro IV de nuestro Código Civil y de ahí el que hubiese aplicado al caso sub-lite el inciso 2º del artículo 2.056 ibídem, que forma parte de los ordenamientos del citado Capítulo. Apoyándose en la precitada norma expuso el tribunal en la motivación de su fallo lo siguiente:

"No es el caso por consiguiente de declarar resuelto el contrato por incumplimiento o aplicación en la cláusula comisoria, por cuanto ambas partes incumplieron, pero sí se condenará al pago de los perjuicios por la mala calidad de la obra a cargo de Cossio y entrega a él de lo que dejó de ganar por la suspensión de la misma.

"En consecuencia se condenará a las señoras Henaos a pagar al arquitecto Cossio lo que éste hubiere podido ganar en la obra y a reembolsarle lo que hubiera gastado en ella, condición con la cual podían suspenderla, como lo hicieron, según lo preceptuado en el artículo 2.056, inciso 2º del Código Civil. Esta disposición es del siguiente tenor:

"Habrá lugar a reclamación de perjuicios según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución.

"Por consiguiente, el que encargó la obra, aun en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra".

Ningún reparo legal cabe hacerle a la sentencia recurrida en cuanto negó la resolución del contrato impetrada como súplica principal en su demanda por el actor del juicio, pues cuando ambas partes han infringido la relación jurídica contractual, no resulta viable la acción resolutoria, como reiteradamente lo ha dicho la Corte en numerosos fallos, siendo uno de ellos el de fecha 2 de febrero de 1940, que dice así:

"En el caso de que ninguna de las partes vinculadas al contrato dé adecuado y oportuno cumplimiento a sus obligaciones recíprocas, no existe la situación judicial de mora y entonces es improcedente la acción resolutoria, porque en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en forma y tiempo debidos, como dice el artículo 1.609 del Código Civil". (G. J. Tomo XLIX, Pág. 54).

En cuanto a la indebida aplicación al caso del pleito del inciso 2º del artículo 2.056 del Código Civil, se observa lo siguiente:

Prescribe aquel ordenamiento que quien encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, puede hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos y dándole lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiere ganado en la obra. Como se ve y se desprende del tenor literal del referido artículo, allí se otorga un derecho a favor de la persona que encargó la obra que le pemite o lo faculta para ordenar su suspensión, pero al propio tiempo le impone una obligación indemnizatoria exigible por el artífice en los términos prescritos en la referida norma.

Y como quiera que el sentenciador halló plenamente probado en el presente caso, que fueron las señoras Henaos quienes determinaron suspender la construcción al no suministrarle, como era su obligación al contratista el dinero para pago de jornales de obreros y materiales de construcción, el sentenciador aplicando al litigio la norma sustantiva a la cual se ha hecho referencia, condenó a las demandadas a pagarle al arquitecto la suma que probó haber invertido con dineros de su propio peculio en la obra, como también a la que hubiera podido ganar con base en el trabajo ejecutado. Al efecto dijo el sentenciador en la parte motiva de su fallo:

"Está igualmente probado que el arquitecto Cossio adelantó el trabajo hasta el momento en que las señoras Henao suspendieron el suministro de materiales y pago de vales conforme a lo estipulado e impidió en forma efectiva que éste continuara al frente de los trabajos, cosa que ocurrió el 20 de septiembre de 1953, es decir dos meses y veinte días antes de terminarse el plazo convenido para la entrega de la obra que según el contrato era el 10 de diciembre del mismo año".

Ciertamente, no menciona el tribunal específicamente los elementos probatorios en que se fundó para hacer la afirmación contenida en el considerando anteriormente transcrito, pero tampoco el recurrente en este cargo acusa la sentencia por error de derecho o de hecho en la apreciación de determinada prueba. Así relevada está la Corte y dadas las modalidades de este recurso que no es una tercera instancia, de acometer ahora una nueva calificación del acervo probatorio.

Considera, sin embargo la Corte, que lo afirmado por el sentenciador, no va contra la evidencia procesal, pues entre otros elementos probatorios que la respaldan obran a los folios 69 y 78 vuelto del cuaderno número 3, las declaraciones de Luis Carlos Garzón y Guillermo Blandon, sobre cuyo contenido mérito legal se expresó el Juez de primera instacia en los siguientes términos:

"De acuerdo con las declaraciones de los señores Luis Carlos Garzón y Guillermo Blandon, folios 69 vuelto y 78 vuelto, cuaderno número 3, que hacen plena prueba conforme al artículo 697 del Código Judicial, se ha establecido en resumen, lo siguiente: Que la señora Ana Rita Henao de García, a mediados del mes de octubre tomó determinadas medidas que tuvieron por resultado que el arquitecto Cossio no pudiera volver a entrar a la construcción mencionada, ni, por consiguiente, vigilar los trabajos en ella realizados; que por esa época el demandante venía cumpliendo íntegramente con todas sus obligaciones surgidas del contrato concluído el 5 de agosto de 1953; que también por la misma época la construcción estaba en perfecto buen estado, circunstancia que los testigos hacen remontar al 20 de septiembre del mismo año mencionado, cuando las demandadas dejaron de cumplir con los suministros convenidos; que a partir del día antes citado las demandadas no volvieron a suministrar dinero para materiales y mano de obra, por lo que Cossio se vio obligado a hacer algunos gastos de su propio peculio, y a enviar la carta del 22 de octubre del mismo año; que en la misma fecha de septiembre no había en la construcción grietas en los muros ni hundimiento de pisos.

"Quiere significar lo anterior, sin necesidad de largas consideraciones, que las demandadas impidieron, culpablemente(sic) al demandante parte del cumplimiento de su contrato, a lo que éste estuvo dispuesto y como venía haciéndolo. En efecto, el plano que elaboró al comienzo de su trabajo fue aprobado por el Municipio, como consta en autos, y estuvo al frente de la obra hasta que se lo impidieron las demandadas".

Dice además el recurrente que habiéndose contratado la ejecución de la obra por un precio fijo, que las señoras Henaos pagaron, no podían éstas haber sido condenadas a reembolsarle al arquitecto Cossio la suma de $ 1.114.75 moneda corriente, la cual según el tribunal representa lo invertido por el arquitecto y con recursos de su propiedad en la obra tantas veces citada. Al efecto dice el recurrente:

"¿Gastó Cossio de sus propios fondos aquella suma? Es posible, pero nada tienen que ver con esto las señoras Henao, porque la tarea que debía realizar Cossio era a precio fijo. Y se pagó.

"Sobre el particular dice el artículo 2.060 del Código Civil, repitiéndose en parte:

" 'Los contratos para construcción de edificios celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

"1º. El empresario no podrá pedir aumento del precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o el haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que no se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones'.

"Por ninguna razón están obligadas mis mandantes a reconocer a Cossio suma alguna que acrezca a la de $ 8.500.00 de que habla el contrato. Sería como obligar a uno de los contratantes a variar el contrato en beneficio del otro. Si yo contrato la confección de un vestido por $ 300.00, puede el sastre, por malos cálculos o porque el jornal de obreros subió, o por otra causa, exigirme, no ya aquel precio fijo, sino otro mayor? Nó".

Sobre el reparo hecho en los términos anteriores a la sentencia, la Corte observa:

Claro está que si la relación jurídica contractual hubiese sido normalmente ejecutada por ambas partes contratantes, y si las demandadas no hubieran hecho cesar inusitadamente la construcción, como se demostró adecuadamente durante la secuela del juicio, el arquitecto no tendría derecho a cobrar suma alguna que excediere de los $ 8.500.00, cuya suma se estipuló como precio fijo por la ejecución de la obra, según se desprende de la cláusula segunda del documento, pues todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes contratantes al tenor de lo prescrito en el artículo 1.602 del Código Civil, y debe ser ejecutado de buena fé, como al efecto lo enseña el artículo 1.603 ibídem, cuyos ordenamientos no fueron infringidos por el tribunal como se dice en la demanda. Pero una vez que fueron las demandadas, como se ha dicho, quienes suspendieron la obra y colocaron al arquitecto en la imposibilidad de seguirla adelante, lo procedente era para los efectos indemnizatorios darle aplicación, como al efecto lo hizo el tribunal al inciso 2º del artículo 2.056 del Código Civil, el cual según su tenor literal rige también para los contratos de construcción efectuados sobre la base de un precio fijo, como al que esta litis se refiere y forma parte del sistema de preceptos sustantivos, que regulan específicamente en nuestro Código Civil los contratos para la confección de una obra material. Siendo esto así, no era conducente darle aplicación al artículo 2.060 ibídem que se refiere a situaciones jurídicas diferentes a la contemplada en la presente litis, de donde se deduce que carece de fundamento legal el cargo consistente en la indebida aplicación a la presente litis del inciso 2º del artículo 2.056 del Código Civil.

Por lo demás, lógica y jurídica fue la resolución del sentenciador al condenar al arquitecto al pago de los perjuicios que causó a las Henao, por haber violado culposamente el contrato de construcción, como lo reconoció expresamente el tribunal en la parte motiva de su fallo. Donde hay culpa, enseñan los doctrinantes, hay responsabilidad y desde que ésta exista, hay lugar a indemnización de perjuicios.

Por todas las consideraciones anteriormente expuestas, no se acepta el cargo que acaba de ser examinado, en el cual debe observarse, el recurrente hubo de limitarse a glosar a la ligera algunos pasajes de la motivación del fallo, pero sin haber logrado atacar eficazmente los fundamentos jurídicos que de soporte le sirvieron, y sin haber demostrado en ninguna forma que la sentencia recurrida fuera violatoria de la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, como es de rigor hacerlo dentro de la técnica de este recurso para la procedencia de una acusación, cuando el fallo se impugna por el primero de los motivos de casación establecidos en el artículo 520 del Código Judicial, que fue el invocado por el recurrente.

Segundo cargo.

Lo enuncia así el recurrente:

"En armonía con el artículo 520 del Código Judicial acuso la sentencia examinada por infracción directa y aplicación indebida de la ley, y por apreciación errónea de varias pruebas a virtud de lo cual incurrió el tribunal en error de derecho y en error de hecho manifiesto, con infracción de los artículos 1.494, 1.495; 1.602, 1.603, 1.610, 1.613, 1.641, 1.615, 1.616, 1.906 y 2.341 del Código Civil y 471, 669, 702 y concordantes del Código Judicial".

A continuación se reproducen y comentan algunos pasajes de la sentencia materia del recurso, consistiendo aquellas glosas en que el arquitecto ha debido ser condenado al pago de la suma de $ 1.801.66 moneda corriente por concepto de lucro cesante, a la cantidad de $ 7.727.68 que representa el valor del daño emergente, según cuentas que

sobre el particular hace el recurrente y a $ 2.000.00 en que fueron estimados los perjuicios morales. Como se ve, el cargo consta de tres aspectos que serán examinados.

Consideraciones de la Corte.

Se queja en primer término el recurrente de no haber hecho el sentenciador condena alguna a cargo del demandado Cossio, por razón del lucro cesante. No se determina concretamente la prueba no apreciada o aquella o aquellas que lo fueron erróneamente, como es esencial hacerlo dentro de la técnica de este recurso, ya que no siendo la casación, como se ha dicho, una tercera instancia, no compete a la Corte proceder oficiosamente a estudiar todo el proceso para decidir si están mal o bien apreciadas las pruebas. Menester es, que sean señaladas o determinadas precisamente aquellas con respecto a las cuales incidió en error de hecho o de derecho el Tribunal.

Subraya el recurrente de que en autos hay constancia de haberse arrendado la edificación por $ 235.00 mensuales, pero de este solo hecho o circunstancia no puede inferirse el valor del lucro cesante que de paso sea dicho pretendió establecerlo el apoderado de las señoras Henao, mediante la prueba de un dictamen pericial, que si bien es cierto no fue materia de análisis por parte del tribunal, sí fue examinada y calificada por el juzgador de primera instancia en los siguientes términos:

"Aparece del dictamen rendido por el perito tercero doctor Joaquín E. Molina, y en la parte que de él acepta el Juzgado, que la casa encomendada al demandado debió entregarse el 10 de diciembre de 1953 y lo fue solamente el 28 de julio de 1954, por lo que las demandantes dejaron de recibir por concepto de arrendamientos, lucro cesante, la suma de $ 1.801.66.

"Pero como las demandadas incumplieron sus obligaciones en primer término e impidieron al demandado Cossio que entrara a la construcción y la vigilara desde el 20 de septiembre de 1953 y mediados de octubre del mismo año, no sería justo ni equitativo hacer cargar al arquitecto Cossio con todo el importe del lucro cesante. De la suma anotada ha de descontarse la cantidad de $ 626.66, correspondiente al lapso transcurrido entre el citado 20 de septiembre de 1953 y el 10 de diciembre del mismo año, fecha en la cual debió entregarse el edificio tantas veces mencionado. En consecuencia, sólo cabe imputar al demandado, por lucro cesante, la suma de $ 1.175.00.

"Aunque por la colocación del artículo 2.357 del Código Civil parece que sólo es aplicable en tratándose de la culpa extracontractual, ello no se ve bien claro ni es equitativo. Dentro de las relaciones contractuales también pueden presentarse casos en que haya culpa de parte de ambos, por lo que no sería justo deducirle a ninguno de ellos toda la resposabilidad derivada de tal culpa ni imponerle, por consiguiente el pago de la indemnización en su totalidad".

A su vez, el tribunal partiendo del hecho que halló probado en los autos, según el cual el arquitecto adelantó su trabajo hasta cuando las señoras Henao suspendieron el suministro de materiales y pago de vales conforme a lo estipulado, lo cual ocurrió dos meses veinte días antes de terminarse el plazo convenido para la entrega de la obra, no halló a su juicio mediando tal circunstancia, base legal para condenar al arquitecto al pago del lucro cesante y al efecto expuso el siguiente razonamiento:

"Descontinuado en sus actividades no es posible hacer responsable al contratista por el lucro cesante o sea por el valor de los arredamientos que el señor Juez estimó, conforme al dictamen pericial y haciendo la previa reducción entre la fecha en que debió entregar y la en que se hizo el arrendamiento, en $ 1.175.00".

La apreciación anteriormente transcrita, no resulta en pugna con la realidad del proceso y descartada queda la posibilidad de un error de hecho, pues transcritas fueron ya al examinar el primer cargo, las declarciones de Luis Carlos Garzón y Guillermo Blandon, sobre cuyo mérito legal se pronunció el Juzgado al hacer el resumen de ellas, y según las cuales, aparece ser cierto lo afirmado por el sentenciador en el considerando transcrito.

Y si fue el dictamen pericial la prueba que dejó de apreciarse, o que erróneamente fue apreciada, es obvio que tal cosa correspondía haberlo demostrado en este recurso el recurrente, mas no lo hizo así.

En lo que atañe al daño emergente, el sentenciador en la motivación de su fallo acogió prácticamente las tesis y conclusiones del Juez de primer grado. Dijo así el Tribunal:

"En cuanto a los perjuicios sufridos por las señoras Henao en razón de los defectos de la construcción que hizo Cossio están representados por la diferencia entre lo gastado por él y lo que ellas tuvieron que gastar realmente para que la edificación pudiera servir al fin a que estaba destinada, pero como quiera que parte de esos perjuicios

no fueron ocasionados por aquél sino por los trabajos efectuados bajo la dirección de las señoras Henao después de impedirle que continuara ejecutando la obra, consistentes en alcantarillado, pisos y embaldosados ejecutados por el trabajador Burgos, el tribunal acoge los términos de la sentencia de primera instancia reduciendo dicha cantidad en un 40% en que se estima el valor de tales perjuicios no imputables al contratista".

Basándose en la anterior consideración dedujo el tribunal la siguiente conclusión:

"Se condena al señor Cossio a pagarle a las que encargaron la obra la cantidad de $ 3.780.13, o sea el 60% de la cantidad que las señoras Henao tuvieron que desembolsar para la obra en las condiciones en que él se obligó a hacerlo conforme al contrato".

Según lo expuesto, el tribunal aceptó que las Henao pagaran por trabajos de reconstrucción del edificio a "Construcciones y Reformas Limitada", la suma de $ 6.300.23, es decir, la misma que le sirvió de base al Juzgado para señalar el monto del daño emergente. Esta erogación, debe observarse, fue debidamente comprobada con las declaraciones de Gilberto Melguizo y Gonzalo Vélez Pérez, folios 1 y 31 vuelto, cuaderno número 4, a las cuales se les dio el valor de plena prueba por reunir las condiciones establecidas en el artículo 697 del Código Judicial, a cuyo ordenamiento jurídico dio cabal cumplimiento el sentenciador, de donde se deduce que no fue infringido, como lo afirma el recurrente.

Debe observarse además, que el sentenciador obrando dentro de la órbita de sus atribuciones, castigó en un 40% la expresada suma de $ 6.300.23, en consideración a que los defectos de la construcción, los cuales se encargó de subsanar la Compañía de "Construcciones y Reformas Limitada" no podían totalmente ser imputados al arquitecto sino también a las señoras Henao, una vez que tales deficiencias o defectos en la construcción tuvieron lugar cuando después de haber retirado ellas al arquitecto de la dirección técnica del edificio, acometieron los trabajos bajo su responsabilidad.

Y si aquella fue la convicción a que llegó el tribunal a través de los diversos elementos probatorios que obran en el proceso, y si el recurrente no logró eficazmente demostrar en este recurso al pretendido error de hecho o de derecho que se le imputa al sentenciador, es lógico que la Corte no puede modificar tal apreciación en la cual no advierte error alguno de los procedentes en casación que le permitan avocar de nuevo, como lo pretende el recurrente, la cuestión de hecho que fue controvertida en las instancias del juicio.

En verdad, el sentenciador no tuvo en cuenta para fijar el monto del daño emergente, la suma de $ 1.417.45, que se dice fue pagada por las Henao al señor Julio Burgos, pues por una parte, y según pruebas valoradas por el sentenciador de primera instancia, no aparece que dichas señoras hubieran hecho tal erogación, sino únicamente la suma de $ 817.50, y por la otra, como el tribunal hubiese hallado que los trabajos de Burgos no fueran eficaces, como lo acredita el proceso, y no lo infirma el recurrente, no accedió a tener en cuenta, la suma de $ 817.50 pagada a Burgos y por ello no fue imputada a la suma que definitivamente señaló el tribunal por razón de daño emergente, la cual fue de $ 3.780.14, o sea, el 60% de la cantidad de $ 6.300.23 que en resumen y a juicio del tribunal fue la única partida que halló probatoriamente justificada en la litis, de cuantas determinaron las Henao en su demanda de reconvención.

Finalmente, tampoco será motivo para infirmar la sentencia, la glosa hecha a ella en la demanda de casación y consistente en no haberse condenado al arquitecto al pago de $ 2.000.00, en que fueron estimados los perjuicios morales por las contrademandadas. No procedía en este caso tal declaración, no porque no se hubiese establecido la existencia y el importe de tales perjuicios, como lo dijo el Juez Sexto Civil del Circuito de Medellín, sino porque cuando se trata del incumplimiento o del cumplimiento tardío de una obligación de carácter contractual, no cabe un reclamo por razón de perjuicios morales. Esta ha sido la doctrina de la Corte, la cual ha consignado su pensamiento sobre el particular en numerosos fallos, entre ellos, el de fecha 29 de octubre de 1945. (G. J. LIX, 748), que dice así:

"La Corte, siguiendo la doctrina de los tratadistas, tiene sentada jurisprudencia de que el incumplimiento o el cumplimiento retardado de una obligación contractual no da lugar a exigir una indemnización por perjuicios morales".

Por las razones expuestas, no se acepta el cargo.

RESOLUCION:

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 veinticuatro de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (1956) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario iniciado por Francisco Antonio Cossio contra Paulina Henao de Marín y otra. No hay lugar a costas.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

LA CAUSAL 2ª DE CASACION SE DERIVA DE UN ERROR IN PROCEDENDO, PUES SE PRODUCE COMO CONSECUENCIA DE VICIOS DE ACTIVIDAD Y NO DE VICIOS DEL JUICIO. — CUANDO INCURRE EL JUEZ EN ESTE ULTIMO (ERROR IN JUDICANDO). — COMO PARA EL EXITO DE CUALQUIER PRETENSION ES INDISPENSABLE ACREDITAR LA LEGITIMACION ACTIVA, AL FALLAR ESTA LA ACCION NO PUEDE PROSPERAR, CON LO CUAL SE ESTA PROVEYENDO DE MERITO SOBRE ELLA.—CONTRA FALLO TOTALMENTE ABSOLUTORIO NO ES PERTINENTE INVOCAR LA CAUSAL 2ª DE CASACION. — VIOLACION DIRECTA Y VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY.—EL ALBACEA NO ES MANDATARIO NI REPRESENTANTE LEGAL DE LA HERENCIA. — CUANDO EL ALBACEA CON TENENCIA Y ADMINISTRACION DE BIENES ACTUA EN JUICIO ORIGINADO POR RAZON DE SUS ACTIVIDADES, LO HACE UNICA Y EXCLUSIVAMENTE EN SU FUNCION DE ADMINISTRADOR. — EL ARTICULO 2189 DEL C. C. ES DE CARACTER GENERAL Y SE APLICA GENERALMENTE AL MANDATO CIVIL, EN TANTO QUE EL ARTICULO 264 DEL C. DE P. C. ES ESPECIAL PARA EL MANDATO JUDICIAL. — SE RATIFICA LA DOCTRINA SOBRE DECLARACION OFICIOSA DE LA NULIDAD ABSOLUTA EN EL ACTO O CONTRATO

1.—La Corte en el presente año ha dicho que la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial se deriva de un error in procedendo, pues se produce como consecuencia de vicios de actividad y no de vicios del juicio, razón que justifica que se analice en primer lugar.

Es sabido que si el Juez se equivoca al apreciar el mérito del derecho sustancial incurre en un vicio de juicio (error in judicando), pero no incurre con ello en inobservancia del derecho sustancial, pues éste tiene como destinatarios a los asociados y no al Juez, cuyo yerro es no hacer actuar la verdadera voluntad de la ley; en cambio si el Juez comete una irregularidad procesal, sea durante el trámite o en la forma del juzgamiento mismo, cae en un vicio de actividad (error in procedendo), esto es, en la inobservancia de un precepto concreto que dirigiéndose a él le impone determinado comportamiento en el proceso.

Son normas procesales dirigidas al Juez las que lo obligan a fallar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes (Código Judicial 471), de modo que su quebranto sólo podrá originar error in procedendo. A este respecto Calamandrei dice: "El exceso de poder puede afectar a toda la relación procesal, en cuanto el Juez se halle absolutamente desprovisto del poder de pronunciar sobre el objeto de la controversia (exceso de poder total), o puede, por el contrario, manifestarse en el momento del pronunciamiento, en cuanto el Juez esté desprovisto del poder de pronunciar más allá de los límites dentro de los cuales está contenido el tema de la controversia (exceso de poder parcial)... Casos de exceso de poder parcial: pronunciamiento extrapetita; pronunciamiento ultra petita... Un motivo de casación en cierto sentido opuesto al de exceso de poder parcial, se tiene en el caso de pronunciamiento omitido, ... que se verifica cuando el Juez de mérito 'haya omitido pronunciar sobre alguno de los extremos de la demanda que hayan sido deducidos por conclusión especial'. Mientras en el caso de exceso de poder comete un error in procedendo, en cuanto juzga fuera de los límites en que su juicio debería contenerse, aquí el Juez yerra en cuanto omite juzgar un punto comprendido en el tema de la controversia..." (La Casación Civil, Tomo III, páginas 266 y 267).

Y Manuel de la Plaza tratando de los errores in procedendo expone:

"Exceso o defecto en los límites de la actividad. Hasta aquí hemos examinado los vicios de que la sentencia puede adolecer,

pensando exclusivamente en un problema que pudiéramos denominar orgánico, porque se refiere a la defectuosa constitución del organismo jurisdiccional. Ahora nos proponemos acometer el estudio de los vicios de actividad relacionados con el uso que de sus poderes puede hacer.

"Constreñido a resolver sobre las pretensiones que se dedujeron, el hecho de acoger las que ya fueron resueltas y produjeron la cosa juzgada material; el de excederse en las declaraciones respecto a lo pretendido, con infracción del principio ne est iudex ultra petita partium; el de no proveer sobre las pretensiones formuladas, violando así el axioma ne eat judex minus petita partium; el de declarar lo que nadie pidió, ne eat judex extra petita partium; o el de rebasar en la ejecución de lo resuelto en el ámbito de lo ya juzgado, constituyen otros tantos vicios que son denunciables en casación y que hemos de examinar con la separación debida, pero bajo una rúbrica común". (La Casación Civil, páginas 303 y 304).

2.—Siendo indispensable para el éxito de cualquier pretensión acreditar la legitimación activa, al fallar ésta la acción no puede prosperar, con lo cual se está proveyendo de mérito sobre ella, de modo que se elimina la objeción sobre minus petitio, así como se excluye la extra petita, porque lejos de resolver sobre punto ajeno a la controversia, precisamente falla ésta. Respecto a la cosa juzgada se observa que aunque la excepción no se proponga, al encontrarla probada el Juez debe declararla (C. J. Art. 343).

3.—La violación indirecta es la única que abre campo al examen de la prueba con el fin de precisar si el Tribunal cometió error de hecho evidente al ignorarlas, o cayó en error de derecho al darles un valor probatorio diverso al que la ley les reconoce. No se puede olvidar que tratándose de violación directa la situación probatoria no puede alterarse, de modo que es la que encuentra el Tribunal, y la acusación sólo puede fundarse en infracción de la norma sin consideración a la prueba.

4.—El artículo 1.352 del Código Civil dice que el albacea no podrá comparecer en juicio en calidad de tal sino para defender la validez del testamento o cuando fuere necesario para llevar a efecto las disposiciones testamentarias y en todo caso lo hará con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente. La interpretación que se haga en el sentido de que no existiendo ni los unos ni el otro el albacea adquiere personería suficiente no es de recibo, ya que el albacea sólo es un ejecutor testamentario, y por otro lado "no es mandatario ni representante de los herederos" (LXVIII, 745).

No se opone a lo anterior el artículo 1.357 de la misma obra en cuanto autoriza al albacea a constituir mandatarios, ya que esta autorización dentro de la lógica jurídica sólo puede operar para aquellos actos que el albacea puede realizar, pero no para los que no está en capacidad de efectuar.

Sea el momento de precisar, que si bien el albacea con tenencia y administración de bienes también puede actuar en juicio en aquellos casos en que de sus actividades se originan litigios (restitución de bienes arrendados por él, pago de dineros por él prestados), en estas hipótesis actúa única y exclusivamente en su función de administrador.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 10 de julio de 1958, en el juicio ordinario promovido por José María Córdoba frente a Magdalena Montaña de Izquierdo y otros.

Antecedentes.

José María Córdoba "obrando como apoderado, legatario y representante del señor José María Montaña, fallecido, quien inició y ordenó la presente demanda, y quien dispuso testamentariamente de los bienes que en este juicio se obtuvieren", con el poder que adjuntó demandó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá a Magdalena Montaña de Izquierdo y María Montaña de Rueda, como herederas, y Teresita Montaña de Restrepo, Genevieve Gateau, Luis A. Mariño Ariza y Dominga de Leal Guevara,

en su calidad de legatarios de Tulia Montaña Alvarez, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1º. Que es nulo el testamento otorgado por esta señorita mediante escritura número 1.854 de 16 de agosto de 1944 pasada en la Notaría Quinta de Bogotá; 2º. Que consecuencialmente son nulas todas las actuaciones del juicio de sucesión de la mencionada señorita que se han seguido con base en dicho testamento, en el Juzgado Séptimo Civil de este Circuito; 3º. Que igualmente son nulas las hijuelas o cartillas de adjudicación elaboradas en tal juicio mortuorio, por lo cual el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá debe abstenerse de inscribirlas, o cancelarlas si la inscripción ya se hubiere hecho; 4º. Que por las razones anteriores, Magdalena Montaña de Izquierdo y María Montaña de Rueda deben restituír a la sucesión de Tulia Montaña Alvarez "representada por su heredero **abintestato** José María Montaña y los favorecidos con el testamento de éste que justifiquen sus derechos oportunamente", todos los bienes de que hayan entrado en posesión por razón del testamento que se impugna y del respectivo juicio de sucesión, junto con sus frutos desde que entraron en posesión de los bienes hasta que se produzca la restitución. Subsidiariamente se suplica la reforma del testamento impugnado, "en el sentido de favorecer con los bienes correspondientes a los legatarios de don José María Montaña".

Los hechos pertinentes son estos:

a) La señorita Tulia Montaña Alvarez, hermana de don José María Montaña Alvarez, varios meses antes de su muerte dio muestras de serias perturbaciones mentales, como excesiva irritabilidad, pérdida de la memoria etc., así como de prodigalidad, ya que a las personas que la visitaban hacía obsequios de joyas, objetos de arte y dineros, todo lo cual era perceptible por quienes la veaín.

b) Catorce días antes de su muerte otorgó testamento por la escritura citada en la primera petición anterior en el que hizo unos legados e instituyó herederas a sus sobrinas Magdalena Montaña de Izquierdo y María Montaña de Rueda a quienes asignó sus bienes, "quedando para don José María Montaña el cargo de cumplir las obligaciones que se indican en la cláusula séptima del mencionado instrumento, y se afirma que él posee dineros de la testadora, sin que ningún título los acredite", y no obstante el afecto que le prodigaba.

c) La testadora falleció el 29 de agosto de 1944 y su juicio de sucesión se abrió en el Juzgado Séptimo Civil de este Circuito, habiendo sido reconocidas en él las mencionadas herederas, a cuyo favor se decretó la posesión efectiva de la herencia, y quienes entraron en la administración de los bienes hereditarios y han percibido sus frutos.

d) El testamento "no llenó los requisitos legales y hubo enmendaduras ilegales", alguna de las cuales referente a haberse trastrocado el apellido de los maridos de las señoras Montañas, anota especialmente la demanda.

e) José María Montaña intentó juicio de nulidad del testamento, el que fue fallado por la Corte Suprema, sin proveimiento de fondo, pues no fueron incluídas como demandadas sino las herederas, o sea que faltaron en tal proceso las legatarias.

f) José María Montaña falleció, pero antes hizo testamento por escritura número 1.749 de 5 de diciembre de 1948 de la Notaría Segunda de Tunja en el que dispuso: "Que es mi voluntad si hubiere fallecido antes de que se falle en este juicio, se prosiga hasta su terminación, y ruego al doctor José María Córdoba, mi apoderado, trabaje en este juicio incansablemente". Además, en el mismo acto testamentario se le adjudicaron derechos al doctor Córdoba.

Una de las demandadas propuso la excepción de ilegitimidad de personería del demandante, y agotado el trámite de la primera instancia el Juzgado la terminó por sentencia de 20 de marzo de 1956 que declaró nulo el testamento de Tulia Montaña Alvarez, condenó a las señoras Montaña de Izquierdo y Montaña de Rueda a restituír, con sus frutos desde que entraron en posesión de los respectivos inmuebles, dos casas situadas en Bogotá, especificadas como aparece en el fallo, ordenó la cancelación del decreto de posesión efectiva a que se ha hecho mención antes, y denegó las demás peticiones del libelo.

Apelada la sentencia por el apoderado de dichas señoras, fue revocada por el Tribunal, quien las absolvió de todos los cargos de la demanda.

La sentencia recurrida.

Esta descansa en las siguientes bases:

1ª. El doctor José María Córdoba actúa como apoderado y legatario de José María Montaña, más el poder respectivo presentado el 3 de mayo

de 1948, comprende como demandadas a las herederas, pero no a las legatarias de Tulia Montaña Alvarez.

2ª José María Montaña murió en Tunja el 14 de febrero de 1949 y en la cláusula 8ª del testamento de 5 de diciembre de 1948 se habla del juicio que a la sazón adelantaba contra la validez del testamento de Tulia. Al efecto ruega al doctor Córdoba proseguirlo en caso de fallecimiento del actor, y al mismo tiempo expresa: "En el caso de que el juicio indicado se gane, dispongo que lo que me corresponda se distribuya de la siguiente manera: Que la tercera parte de mis bienes materia del pleito sea para el doctor José María Córdoba, como valor de sus honorarios y gastos del juicio..."

3ª. El juicio promovido por José María Montaña y a que hace referencia el testamento finalizó por sentencia de la Corte de 18 de marzo de 1953 que no falló en el fondo, por no haberse incluído en la demanda a los legatarios, no obstante tratarse de nulidad de testamento.

4ª. Como consecuencias, la sentencia aduce:

a) Que el abogado José María Córdoba carece de poder para demandar a las legatarias Teresita Montaña de Restrepo, Genevieve Gateau, Luis A. Mariño Ariza y Dominga de Leal Guevara, apesar de lo cual figuran como demandadas junto con las herederas.

b) Que el poder conferido por José María Montaña al abogado José María Córdoba terminó, toda vez que el juicio ordinario para el cual se dio finalizó por la sentencia de la Corte citada.

c) Que auncuando así no fuera, la muerte de José María Montaña antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, habría puesto fin al poder, sin que los defectos referidos puedan suplirse con los poderes otorgados por el albacea de la sucesión del poderdante ni por un presunto legatario, pues quienes los confieren no representan la herencia ni tenían facultad para intentar este negocio.

d) Que el doctor José María Córdoba, aun suponiendo que fuera legatario de José María Montaña, no tiene facultad para representar la herencia, tal cual lo dice el artículo 1.162 del Código Civil.

e) Que por lo dicho se configura carencia de legitimación en causa por parte del actor, lo cual determina absolución del demandado.

El recurso.

Dos cargos, el primero con base en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, y el otro en la segunda, se han propuesto contra la sentencia, los cuales se examinan en orden inverso, de acuerdo con el artículo 537 del C. J.

Causal 2ª.

La sentencia no está en consonancia con las pretensiones deducidas por el demandante, pues la ilegitimidad de personería no es una excepción perentoria, sino dilatoria, se refiere al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y por tanto no es materia de decisión en la sentencia.

El Tribunal desconoce al actor su calidad de legatario de José María Montaña por un lado, y por otro, se pronuncia sobre la cosa juzgada que produjo la sentencia de la Corte dictada anteriormente, cuando dicha excepción no fue propuesta, y cuando la Corte afirmó en el propio fallo que no la había.

Se considera:

La Corte en el presente año ha dicho que la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial se deriva de un **error in procedendo**, pues se produce como consecuencia de vicios de actividad y no de vicios del juicio, razón que justifica que se analice en primer lugar.

Es sabido que si el Juez se equivoca al apreciar el mérito del derecho sustancial incurre en un vicio de juicio (**error in judicando**), pero no incurre con ello en inobservancia del derecho sustancial, pues éste tiene como destinatarios a los asociados y no al Juez, cuyo yerro es no hacer actuar la verdadera voluntad de la ley; en cambio si el Juez comete una irregularidad procesal, sea durante el trámite o en la forma del juzgamiento mismo, cae en un vicio de actividad (**error in procedendo**), esto es, en la inobservancia de un precepto concreto que dirigiéndose a él le impone determinado comportamiento en el proceso.

Son normas procesales dirigidas al Juez las que lo obligan a fallar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes (Código Judicial artículo 471), de modo que su quebranto sólo podrá originar **error in procedendo**. A este respecto Calamandrei dice: "El exceso de poder puede afectar a toda la re-

lación procesal, en cuanto el Juez se halle absolutamente desprovisto del poder de pronunciar sobre el objeto de la controversia (exceso de poder total), o puede, por el contrario, manifestarse en el momento del pronunciamiento, en cuanto el Juez esté desprovisto del poder de pronunciar más allá de los límites dentro de los cuales está contenido el tema de la controversia (exceso de poder parcial)..... Casos de exceso de poder parcial: pronunciamiento **extra-petita**; pronunciamiento **ultra-petita**... Un motivo de casación en cierto sentido opuesto al de exceso de poder parcial, se tiene en el caso de pronunciamiento omitido... que se verifica cuando el Juez de mérito "haya omitido pronunciar sobre alguno de los extremos de la demanda que hayan sido deducidos por conclusión especial". Mientras en el caso de exceso de poder comete un error **in procedendo,** en cuanto juzga fuera de los límites en que su juicio debería contenerse ,aquí el Juez yerra en cuanto omite juzgar un punto comprendido en el tema de la controversia..." (La Casación Civil, Tomo III, página 266 y 267).

Y Manuel De la Plaza tratando de los errores **in procedendo** expone:

"**Exceso o defecto en los límites de la actividad,** Hasta aquí hemos examinado los vicios de que la sentencia puede adolecer, pensando exclusivamente en un problema que pudiéramos denominar orgánico, porque se refiere a la defectuosa constitución del organismo jurisdiccional. Ahora nos proponemos acometer el estudio de los vicios de actividad relacionados con el uso que de sus poderes puede hacer

"Constreñido a resolver sobre las pretensiones que se dedujeron, el hecho de acoger las que ya fueron resueltas y produjeron la cosa juzgada material; el de excederse en las declaraciones respecto a lo pretendido, con infracción del principio **ne eat iudex ultra petita partium;** el de no proveer sobre las pretensiones formuladas, violando así el axioma **ne eat judex minus petita partium;** el de declarar lo que nadie pidió, **ne eat judex extra petita partium;** o el de rebasar en la ejecución de lo resuelto, en el ámbito de lo ya juzgado, constituyen otros tantos vicios que son denunciables en casación, y que hemos de examinar con la separación debida, pero bajo una rúbrica común" (La Casación Civil, página 303 y 304)

En el presente caso no se encuentra la incongruencia alegada por el recurrente, porque la sentencia es totalmente absolutoria, o sea que decide sobre todos los extremos de la contención, lo cual excluye el vicio que se imputa al fallo acusado, como lo tiene dicho la Corte en muchas ocasiones

Se anota, además, que dicho fallo no declaró probada la excepción de ilegitimidad de personería del actor, sino que absolvió por ausencia de una condición de la acción civil, o sea la legitimación para obrar, derivada de no haber encontrado, desde el aspecto legal, que el demandante tuviera dicha acción, por no ser ni apoderado de José María Montaña, ni en el supuesto de que fuera su legatario que poseyera interés para demandar la nulidad del testamento de Tulia, ya que diciendo actuar en representación de la sucesión de José María, de acuerdo con el artículo 1162 del Código Civil, no representaba al testador.

Por consiguiente, siendo indispensable para el éxito de cualquier pretensión acreditar la legitimación activa, al fallar ésta la acción no puede prosperar, con lo cual se está proveyendo de mérito sobre ella, de modo que se elimina la objeción sobre **minus petitio,** así como se excluye la **extra petita,** porque lejos de resolver sobre punto ajeno a la controversia, precisamente falla ésta. Respecto a la cosa juzgada se observa que aunque la excepción no se proponga, al encontrarla probada el Juez debe declararla (C. J. Art. 343). Mas como este punto no está contenido en la sentencia no incide en el cargo.

Causal 1ª.

Violación, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1.061, numerales 3º, y 4º, 1 062, 1.063, 1.185, 1.321, 1.337, 1.352; 1.504, 1.741, 1.524, 2.146, 2.148, 2.189, 2.155, 2.160, 2.195, 2.199, 2.583, del Código Civil; 2º de la Ley 50 de 1936; 21 de la Ley 45 de 1936; 233, 264, 330, 335 y 333 del C. J.

La primera parte del cargo se basa en la nulidad del testamento de Tulia Montaña Alvarez porque en el momento de otorgarlo la testadora era incapaz, carecía de juicio y no podía expresar su voluntad claramente. Además, se acusa con base en que el testamento contiene, sin salvar, una enmedadura, de modo que no se otorgó conforme a derecho.

La Corte considera:

No obstante que en esta parte el recurrente se refiere a diversas pruebas, como las actas de estado civil respecto al parentesco colateral entre Tulia y José María Montaña; los testimonios de

varios declarantes sobre ciertas actitudes de la señorita Tulia en sus últimos días; la aceptación de la demanda por algunos legatarios demandados, y el dictamen pericial practicado en el juicio, en parte alguna se plantea que el sentenciador hubiera incurrido en error de hecho evidente al ignorarlas, o hubiera caído en error de derecho al darles un valor probatorio diverso al que la ley les reconoce. Por el contrario, se razona sobre la base de violación directa de algunas de las normas antecitadas, pero no se estructura la violación indirecta, que es la única que abre campo al examen de la prueba con el fin de precisar si el Tribunal cometió cualquiera de los errores expresados. No se puede olvidar que tratándose de violación directa la situación probatoria no puede alterarse, de modo que es la que encuentra el Tribunal, y la acusación sólo puede fundarse en infracción de la norma sin consideración a la prueba.

Pero hay algo más: ya se dijo que la sentencia no penetró en el campo de la prueba relativa a la nulidad indicada, pues consideró que el demandante carecía de legitimación en causa, de modo que mientras este aspecto no se quiebre, los cargos dirigidos contra temas no examinados son improcedentes.

La segunda parte del cargo sí recae sobre el punto que sirvió de base al sentenciador para absolver a los demandados. El recurrente censura la sentencia porque según él ésta afirma que el primer fallo de la Corte produjo cosa juzgada; porque sostiene que dicho proceso concluyó, de modo que el poder conferido por José María Montaña para promoverlo no abarca el presente negocio; porque considera que esta litis es diversa a la anterior; y porque estima que el poder otorgado por José María Montaña terminó con su fallecimiento, ya que para entonces no estaba notificada la admisión de la demanda con que principió el presente proceso.

Se observa: La sentencia de la Corte dictada en el juicio ordinario seguido por José María Montaña contra las señoras Montaña de Izquierdo y Montaña de Rueda para anular el testamento de Tulia Montaña Alvarez, dijo en lo pertinente: "Absolver en el correspondiente juicio al demandado sin que esto constituya excepción de cosa juzgada para un debate judicial".

Es cierto que la terminología de dicha parte del fallo pudiera verse actualmente alejada de la técnica, pues la absolución es propia de la sentencia de mérito, y a renglón seguido se le resta tal fuerza, ya que expresamente se dice que no hay cosa juzgada, lo cual era obvio, porque el motivo del fallo fue la ausencia de los legatarios como demandados, y tratándose de juicio sobre nulidad de testamento se requería la presencia de todos los nombrados en dicho acto para poderse proveer en el fondo.

Más el Tribunal en ninguna parte sostiene que dicha sentencia produjo efectos de cosa juzgada material; por el contrario, anota que auncuando el objeto y la causa de la demanda actual son los mismos, las personas son distinas, pues aquí se incluyeron los legatarios, y que la ausencia de decisión de fondo determina que la cuestión central no haya sido juzgada. Lo que sí expresa el Tribunal, es que aquel juicio finalizó con la sentencia aludida, de modo que este proceso es enteramente nuevo e independiente, por lo cual el poder conferido para el primero no puede dar personería procesal dentro del segundo, máxime cuando el poderdante falleció antes de notificarse la admisión de la demanda, y cuando el poder no comprende a las legatarias sino exclusivamente a las herederas, como demandadas.

Estas premisas jurídicas descansan en el artículo 2.189 del Código Civil que dice que una de las causas de la terminación del mandato es el desempeño del negocio para que fue constituído, y especialmente en el artículo 264 del Código Judicial que expresa que el mandato judicial no termina por la muerte del mandante si ya está notificada la demanda, de modo que si no lo está debe concluír, preceptos ante los cuales el artículo 2.195 del Código Civil que se se señala violado no puede prevalecer, pues, como lo dice la Corte, si bien "el artículo 2.189 del Código Civil es de carácter general y se aplica generalmente al mandato civil, el 264 del C. de P. C. es especial para el mandato judicial" (LVII, 412).

Así las cosas, si José María Montaña murió antes de iniciado el presente negocio, es claro que el poder que pudiera haber conferido para iniciarlo habría caducado con fundamento en la norma del Código Judicial referida. Mas ni siquiera ello ocurió, pues se intentó este juicio con fundamento en el mismo poder que diera Montaña para promover el anterior, e incluso de él se desglosó, una vez terminado.

Los anteriores asertos los respaldó el sentenciador en los medios probatorios respectivos, ya que el poder de José María Montaña a José María Córdoba dice que el apoderado debe demandar a Magdalena Montaña de Izquierdo y María

Montaña de Rueda, exclusivamente; que este poder se presentó personalmente el 3 de mayo de 1948 ante el Juzgado Civil del Circuito de Tunja y fue desglosado del ordinario seguido por dicho señor contra las nombradas señoras, según auto de 25 de mayo de 1953; que conforme a la partida que obra en autos, José María Montaña falleció el 14 de febrero de 1949 y la demanda del presente proceso se presentó el 10 de junio de 1953, habiendo terminado el juicio anterior por sentencia de la Corte de 18 de marzo de dicho año.

No sobra decir que el juicio en que se profirió la sentencia acusada no constituye continuación del anterior, el cual finalizó por el fallo aludido así hubiera sido inhibitorio, y que si bien no era obstáculo para intentar nuevo juicio, éste no constituye prolongación del que antes se surtió y para el cual fue otorgado el poder que ahora se pretende hacer valer, ya que la segunda instancia de los juicios culmina con la sentencia respectiva y el recurso de casación concluye igualmente con el fallo consiguiente.

La tercera parte del cargo se concreta a atacar la consideración del Tribunal sobre que el albacea testamentario de José María Montaña carece de facultad para impulsar este juicio en vista de que dentro de sus atribuciones no se encuentra la de representar la herencia.

El artículo 1.352 del Código Civil que se considera transgredido dice que el albacea no podrá comparecer en juicio en calidad de tal sino para defender la validez del testamento o cuando fuere necesario para llevar a efecto las disposiciones testamentarias, y en todo caso lo hará con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente. La interpretación del recurrente en el sentido de que no existiendo ni los unos ni el otro el albacea adquiere personería suficiente no es de recibo, ya que el albacea sólo es un ejecutor testamentario, y por otro lado "no es mandatario ni representante de los herederos" (LXVIII, 745).

No se opone a lo anterior el artículo 1.337 de la misma obra en cuanto autoriza al albacea a constituir mandatarios, ya que esta autorización dentro de la lógica jurídica sólo puede operar para aquellos actos que el albacea puede realizar, pero no para los que no está en capacidad de efectuar. Sea el momento de precisar, que si bien el albacea con tenencia y administración de bienes también puede actuar en juicio en aquellos casos en que de sus actividades se originan litigios (restitución de bienes arrendados por él, pago de dineros por él prestados), en estas hipótesis actúa única y exclusivamente en su función de administrador.

Lo dicho demuestra que las dos normas del Código Civil citadas no fueron transgredidas.

La cuarta parte del cargo se refiere a que el Tribunal violó la ley en cuanto no reconoció al legatario la representación hereditaria para intentar este litigio. En este camino llega a sostener la demanda de casación que el derecho perseguido es un verdadero derecho litigioso que el causante legó al demandante, y que la demanda del presente negocio constituye una reforma de la aducida en el anterior, fuera de otros argumentos que no es el caso de precisar, pues se aducen en forma de alegato de instancia, sin subordinarlos a los principios legales sobre el recurso extraordinario, defectos que por lo demás campean en todo el libelo de casación, el cual la Corte con mucho esfuerzo y amplitud ha tratado de interpretar.

En suma: ni los legatarios representan la herencia ya que el artículo 1.162 del Código Civil dice expresamente que no llevan tal representación, que es propia de los herederos (artículo 1.155), los cuales podrían tener la acción incoada, pero que como lo dice el recurrente, no existen; ni en su propio nombre estaba capacitado para pedir la nulidad del testamento de Tulia Montaña, pues no es heredero de ella; ni mucho menos puede sostenerse que el derecho a demandar fuera litigioso desde el instante en que el artículo 1.969 **ibídem** expresa que aquél existe desde la notificación judicial de la demanda, y ya se observó que ésta se presentó después de muerto el testador del cual se pretende derivar el legado. Por último, se recuerda que la reforma de la demanda está autorizada en relación con la demanda inicial (Código Judicial artículo 208), pero no puede aducirse en un nuevo proceso.

El aspecto final del cargo es aún más deleznable que los anteriores, pues tiene por base que ha debido decretarse oficiosamente la nulidad del testamento de Tulio Montaña Alvarez, con fundamento en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 que no se aplicó.

Para desechar este aserto basta reproducir lo que la Corte ha dicho en relación con la aplicabilidad de tal precepto: "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; 2ª Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes, y 3ª. Que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron" (LX, 363).

De esta manera, no resultando la demencia de la testadora del propio acto testamentario, y no siendo admisible para efecto de declarar de oficio la nulidad absoluta acudir a pruebas diversas, las cuales ni siquiera menciona la demanda de casación para deducir falsa apreciación, no puede tener éxito la acusación.

Resolución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el diez de julio de mil novecientos cincuenta y ocho.

Las costas del recurso de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

SE DENIEGA LA ACLARACION DE LA SENTENCIA ANTERIOR

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

El abogado José María Córdoba, legatario de José María Montaña y apoderado de otros demandantes considera que la sentencia de 7 de septiembre del corriente año pronunciado en el recurso de casación interpuesto por dicha parte contra Magdalena Montaña de Izquierdo y otros, contiene algunos vacíos y por eso pide su aclaración.

Los puntos que según el solicitante justifican ésta, haciendo bastante esfuerzo para desentrañarlos, son los que siguen:

1. Los demandados opusieron la excepción de ilegitimidad de personería del demandante, excepción que "parece" ser dilatoria, mas no se solicitó el trámite consiguiente. Propuesta dicha excepción contra José María Montaña que en el fondo es el demandante "ya que los demás somos delegados de él", no se entiende cómo la Corte la haga recaer en relación con José María Córdoba.

2º El fallo anterior de la Corte dijo expresamente que no producía efectos de cosa juzgada; además los demandados no han formulado esta excepción que según la cosecha del memorialista "es dilatoria y tiene su procedimiento especial que no se realizó". No entiende entonces aquél que la Sala afirme que no es suficiente el poder que le confirió José María Montaña para el juicio en que se dictó el primer fallo de la Corte, cuando éste no produjo efectos de cosa juzgada, "no tuvo validez lo efectuado, era nulo".

Igualmente expresa que es cuestión formal, sin importancia, ante el punto de fondo que es la incapacidad de la testadora Tulia Montaña Alvarez, lo relativo a lo que él llama "la resolución de las excepciones dilatorias anteriores", que según entiende fue la posición adoptada por la Corte, máxime cuando están de por medio "las buenas costumbres".

3º. "Tampoco se entiende cómo la Corte en la sentencia se abstenga de fallar el fondo, por reconocer excepciones dilatorias como son la falta de personería en el apoderado y cosa juzgada. Ello necesitaba previo pronunciamiento".

4º En el testamento José María Montaña confiere poder para anular el de su hermana Tulia, sin indicar las personas que debían demandarse. Pregunta a la Corte si al constar tal poder en escritura pública sirve o no para los juicios necesarios tendientes a dicha anulación; si puede caducar como cualquier poder conferido en memorial, o que si hay alguna diferencia.

5º. Inquiere aquí a la Corte el abogado Córdoba qué efectos tiene el artículo 2.195 del Código Civil y por qué no se aplicó, siendo así que preceptúa que el poder no termina por la muerte del poderdante cuando esté destinado a ejecutar actos después de ocurrida ella.

6º Pregunta en este punto por qué se le resta fuerza al poder conferido por el albacea de José María Montaña, ante lo dispuesto en los artículos 1.327 y 1.337 del C. C.

7º. En el supuesto de que todo lo sostenido por el solicitante antes no sea evidente, pregunta para qué sirve el artículo 2.146 del Código Civil, cuando se refiere al interés de quien hace el encargo y quien lo acepta, que según aquél configura el cuasicontrato de "agencia oficioso" (sic).

8º. El último punto del memorialista parece consistir en que estima quien lo firma que como legatario tiene un interés jurídico de coadyuvante, y ha debido examinarse su situación procesal por este aspecto.

En escrito adicional se pide que la Corte diga si el fallo que profirió es de fondo o se limitó a declarar que el solicitante carecía de poder.

Se considera:

El artículo 482 del Código Judicial reza: "La sentencia no es reformable ni revocable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado. Con todo pueden aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda...".

Sobre el alcance de esta norma ha dicho la Corte:

"El artículo 482 del Código Judicial, que concede a las partes el recurso de pedir la aclaración de los conceptos o frases que ofrezcan un verdadero motivo de duda, entiende que ese recurso no debe confundirse con el de reposición,

que por su índole tiende a obtener la revocación o reforma de una providencia. La aclaración no puede ir más allá del contenido de lo resuelto, sobre lo cual no puede volver el mismo tribunal, so pretexto de una aclaración. Y el verdadero motivo de duda que exige el artículo 482 para que proceda la aclaración, debe presentarse en la parte resolutiva, o en la motiva cuando ésta incida eficazmente en la inteligencia que deba darse a la resolución. De no ser así, el recurso de aclaración se cunfundiría con el de reposición" (XLIII, 470).

"El artículo 482 del Código Judicial, apenas les confiere jurisdicción a los jueces, no para reconsiderar sus propias resoluciones de carácter definitivo, revocándolas o reformándolas. sino para aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda. De consiguiente, esas dudas no son las que las partes abriguen en relación a la legalidad misma de las afirmaciones del sentenciador, porque si esas afirmaciones pudieran cambiarse o rectificarse, el artículo no habría prohibido que el Juez varíe el sentido de la sentencia que dicte" (XLVII, 306).

"El artículo 482 del Código Judicial, prohibe a los jueces revocar o reformar las sentencias definitivas de lo cual resulta que **proferidas se hace imposible reconsiderarlas por ningún motivo, mucho menos con el de hacer nuevos razonamientos o exponer nuevos puntos de vista que entrañen una revisión total o parcial de las ideas que fueron emitidas.** De consiguiente, los conceptos que pueden aclararse no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador; sino aquellas provenientes de redacción ininteligible, o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutiva del fallo" (XLIX, 47).

En el presente asunto el Tribunal, previa revocación de la sentencia del Juez, absolvió a los demandados de "todos los cargos formulados en la demanda", y la Corte no casó dicho fallo, una vez desechados los cargos de la demanda de casación.

Luego, ni la providencia del juzgador de segunda instancia ni la de la Corte contienen en su parte resolutiva, que en este caso radica exclusivamente en la decisión, pues ella no remite para nada a la parte motiva, conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda. Lo que el peticionario plantea son verdaderas objeciones a la motivación de los fallos de segunda instancia y de casación, y por tal camino pretende que se revoquen o modifiquen y en subsidio que se señalen sus efectos, todo lo cual no procede dentro de la aclaración.

Por lo expuesto ,se deniega ésta.

Cópiese ,notifíquese, e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

LA ACCION DE SIMULACION, SEA ABSOLUTA O RELATIVA Y LA DE NULIDAD, SON DOS ACCIONES DIFERENTES. — EN QUE CONSISTEN. — INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 2.673 Y 2.669 DEL C. CIVIL. — VALOR PROBATORIO DE LOS CERTIFICADOS EXPEDIDOS POR LOS REGISTRADORES DE INSTRUMENTOS PUBLICOS. — NO ES MENESTER, PARA QUE PUEDA TENERSE COMO PRUEBA UNA ESCRITURA PUBLICA, QUE LA NOTA DE REGISTRO DEBA APARECER AL PIE DE LA MISMA, LO INDISPENSABLE ES QUE ESTE REGISTRADA, COSA ESTA QUE PUEDE COMPROBARSE CON EL RESPECTIVO CERTIFICADO DEL REGISTRADOR EN QUE EXPIDA COPIA DE LA INSCRIPCION. — ERROR DE HECHO MANIFIESTO. — CUANDO TIENE LUGAR.—NO PUEDE PROPONERSE SIMULTANEAMENTE RESPECTO A UNA MISMA PRUEBA, ERROR DE DERECHO Y ERROR DE HECHO EN SU ESTIMACION

1.—A términos del artículo 2.673 del Código Civil, ninguno de los títulos sujetos a inscripción o registro hacen fé en juicio ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la forma allí prescrita. Como se ve, la ley no ha sancionado con la nulidad absoluta ni considera inexistente un título sujeto a la inscripción o registro, sino que se concreta a declarar que no hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad.

2.—Es verdad, que el artículo 2.669 del Código Civil, previene que la nota de registro se ponga al pie del título, pero de ahí no se sigue, como lo ha dicho la Corte, que en caso de omitirse por cuualquier circunstancia esta formalidad, le esté vedado a la parte interesada obtener en otra ocasión y por otra vía el certificado del Registrador.

3.—Los certificados expedidos por los Registradores de Instrumentos Públicos, es sabido, son "documentos auténticos" y hacen plena prueba sobre el hecho o hechos allí certificados, advirtiéndose desde luego que dichos documentos sirven para demostrar las sucesivas tradiciones de un inmueble, los gravámenes que pesan sobre él y su situación jurídica como embargos, demandas etc. etc. aunque no demuestran en sí mismos la existencia de los actos jurídicos a los cuales se hace allí referencia.

4.—La tesis de que "la única manera de acreditar ante el Juez que una escritura fue debidamente registrada, consiste en presentar copia de la misma con la reproducción de la correspondiente nota de registro", es conveniente rectificarla, por vía doctrinal, pues a este respecto la jurisprudencia de la Corte establecida desde hace varios años, es la siguiente:

"Cuando el instrumento público es exigido por la ley como prueba de un acto o contrato, necesita estar registrado para que pueda admitirse como tal prueba, pero esto no quiere decir que la nota de registro deba aparecer en la misma escritura, lo indispensable es que esté registrada, cosa que puede comprobarse con el respectivo certificado del registrador, en que expida copia de la inscripción". (Casación 8 de noviembre de 1927, G. J. XXXV, Pág. 98).

5.—La acción de simulación, sea absoluta o relativa y la de nulidad, son, como lo ha dicho la jurisprudencia nacional, dos acciones diferentes. En la primera que tiene naturaleza declarativa, se trata de la prevalencia de un contrato secreto sobre el acto ostensible o sea la desaparición de un convenio artificial, para que en su lugar surja el que realmente ajustaron las partes. En la segunda, se trata de la invalidación de un acto jurídico real que no puede legalmente subsistir por ciertas deficiencias legales de forma o de fondo.

Cabe observar además, que la simulación judicialmente decretada no perjudica a los terceros a quienes expresamente ampara la ley.

Por otra parte, desde el punto de vista probatorio y en tratándose de la acción de

simulación, la Corte ha hecho este distingo: "Si el actor invoca una acción heredada de su causante que fue uno de los contratantes, y no en nombre propio, estará sujeto a las mismas restricciones probatorias a que lo estaría aquél, de donde se deduce que quien en una acción de simulación ejercitada a nombre del de cujus, no presentare prueba por escrito o principio de prueba por escrito y no existiendo en el proceso la confesión del demandado al respecto, la prueba testimonial no resulta admisible para probar la simulación".

6.—El error de hecho manifiesto tiene lugar cuando la sentencia dá por establecidos hechos que claramente no aparecen a través de las pruebas invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstos se hallan contradichos de modo evidente con otros documentos del mismo proceso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Ana Lucía Herrera viuda de Pachón y Arnulfo Pachón Herrera afirmando obrar como representante de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por Corcino Pachón y Ana Lucía Herrera, y como heredero de Corcino Pachón respectivamente, demandaron a Julio C. Santos y Tomás Venegas con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es simulado de simulación relativa el presunto contrato de compraventa con pacto de retroventa que figura en la escritura pública número 2.410 de 18 de julio de 1941 de la Notaría Cuarta de Bogotá, por medio de la cual Corcino Pachón, dijo vender a Julio C. Santos y ésta manifestó que compraba a aquél el siguiente inmueble: (aquí sus linderos).

"Segunda. Que en realidad existió entre los contratantes que figuran en la escritura indicada en el punto anterior, un contrato de mutuo por $ 2.500.00 con hipoteca accesoria sobre el inmueble ya alinderado, contrato en el cual Corcino Pachón era el deudor y Julio C. Santos acreedor de aquél, pero no contrato de compraventa con pacto de retroventa.

"Tercera. Que respecto a Corcino Pachón, hoy representado por su cónyuge sobreviviente y su heredero nombrado antes, y a Julio C. Santos no produce ningún efecto lo dicho en la escritura número 2.410 de 18 de julio de 1941, de la Notaría 5ª de Bogotá, que el inmueble allí especificado no salió del dominio de Corcino Pachón ni entró al de Julio C. Santos.

"Cuarta. Que se ordene la cancelación de la mencionada escritura y del correspondiente registro.

"Quinta. Que respecto a Corcino Pachón, representado hoy por su cónyuge sobreviviente y su heredero, y que respecto a Julio C. Santos y a Tomás Venegas no produce ningún efecto legal la escritura de compraventa o el contrato que allí figura, número 613 de 12 de febrero de 1946 de la Notaría Cuarta de Bogotá y por la cual Julio C. Santos dijo vender a Tomás Venegas y éste aseguró haber comprado a aquél el inmueble determinado en el punto primero petitorio de este libelo; y que se ordene la cancelación de tal escritura y del registro correspondiente.

"Sexta. Que el citado contrato contenido en la escritura número 613 de 12 de febrero de 1946, Notaría Cuarta de Bogotá, no produce efecto respecto a Julio C. Santos y Tomás Venegas por tratarse de venta de cosa ajena, a sabiendas de los dos contratantes.

"Séptima. Subsidiario de los anteriores. Que los señores Julio C. Santos y Tomás Venegas, solidariamente, o por cuotas, deben pagar dentro del plazo que la sentencia les fije, a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Corcino Pachón y Ana Lucía Herrera viuda de Pachón, representada por ésta, y a la sucesión de Corcino Pachón, representada por el heredero Arnulfo Pachón Herrera, el valor de las mejoras y obras y construcciones puestas por Corcino Pachón y Ana Lucía Herrera de Pachón en el inmueble alinderado en el punto primero petitorio de esta demanda, mejoras que valen $ 10.000.00 o que habrán de liquidarse como lo establece el artículo 553 del Código Judicial.

"Octava. Subsidiaria de los anteriores, Que el señor Julio C. Santos debe pagar, dentro del término que la sentencia le fije, a la sociedad conyugal y a la sucesión indicadas en el punto inmediatamente anterior, el valor de las mejoras, construcciones u obras hechas por la sociedad conyugal Corcino Pachón y Ana Lucía Herrera, estimadas en $ 10.000.00, lo que determinen peritos, o liquidadas por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

"Novena. Que si mis poderdantes hubieren per-

dido la posesión material del inmueble antes indicado, se condene a los demandados o al demandado que los ocupe, a que los restituya a mis representados, dentro del término que la sentencia le fije, junto con todos los frutos civiles y naturales del mismo inmueble y de sus mejoras".

"Décima. Que los demandados, solidariamente, deben pagar las costas de este juicio".

Los demandantes fundaron su demanda en los siguientes hechos:

"1º. Por la escritura número 2.410 de 18 de julio de 1941, de la Notaría Cuarta de Bogotá, Corcino Pachón dijo vender por $ 2.500.00 a Julio C. Santos el inmueble que ha quedado especificado en el punto primero petitorio de esta demanda.

"2º. En dicha escritura figura el inmueble número 30-35 y 30-45 de la calle 63A, pero existe un error, porque la finca número 30-45 pertenece a tercera persona. Por esta razón el inmueble del litigio debe figurar con el número 30-35 de la calle 63-A, lindando por el occidente con el inmueble número 30-45 de propiedad de Filomena Rodríguez".

"3º. En la misma escritura estipularon los que aparecen como contratantes, un pacto de retroventa por el término que tal escritura menciona.

"4º. Corcino Pachón y Ana Lucía Herrera de Pachón quedaron en posesión del inmueble que se decía vender con pacto de retroventa por la escritura nombrada, sin que hayan reconocido ni pagado arrendamiento a ninguno de los que después figuran como dueños del mismo inmueble.

"5º La escritura número 2.410 de 18 de julio de 1941, de la Notaría Cuarta de Bogotá, objeto de este pleito, no contiene la expresión de la verdad, puesto que sólo se trataba de un contrato de mutuo, con hipoteca, por $ 2.500.00 y con el mismo plazo (es lo único cierto) del plazo para la retroventa".

"6º. Estando Corcino Pachón y Ana Lucía Herrera de Pachón en posesión del inmueble, Julio C. Santos hizo escritura de venta del mismo bien a Tomás Venegas, por la escritura 613 de 12 de febrero de 1946, de la Notaría Cuarta de Bogotá.

"7º. A Tomás Venegas tampoco han reconocido ni pagado arrendamiento mis poderdantes, ni la sociedad conyugal Pachón-Herrera.

"8º. Tomás Venegas tuvo pleno conocimiento de las condiciones en que los esposos Pachón-Herrera ocupaban el inmueble que había adquirido por la venta que le dijo hacer Julio Santos.

"9º. Pero con todo el conocimiento de los señores Julio C. Santos y Tomás Venegas de los términos del contrato, la venta del primero al segundo sólo fue hecha después de cuatro años, para que mis poderdantes no pudieran instaurar la acción o excepción de lesión enorme.

"10º. Tomás Venegas también dejó en poder de Corcino el inmueble que había comprado.

"11º. El día veintitrés de marzo de 1949, tres años después de haber comprado el inmueble y de haber dejado éste en poder de Corcino Pachón y Ana Lucía Herrera de Pachón, dio poder a un abogado para iniciar juicio de reivindicación, el cual fue seguido en el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá.

"12º. Pero para que el señor Corcino Pachón no presentara las excepciones del caso, tal acción reivindicatoria fue seguida contra la señora Ana Lucía Herrera de Pachón, quien no estaba poseyendo el inmueble ni había sido la vendedora.

"13. El citado juicio reivindicatorio fue abandonado varias veces, pero ahora se encuentra en estado de hacer la entrega del inmueble a favor de Tomás Venegas y a cargo de Ana Lucía Herrera de Pachón.

"14º. Por la anterior razón es bien posible que cuando la sentencia de este juicio sea proferida, ya mis poderdantes hayan perdido la posesión del inmueble.

"15º. Tanto Tomás Venegas como Julio C. Santos tuvieron pleno conocimiento de que el poseedor del inmueble no era Ana Lucía Herrera de Pachón, sino los dos por ser casados y vivir juntos.

"16. Con el conocimiento y tácito consentimiento de Julio C. Santos y Tomás Venegas Corcino Pachón y Ana Lucía Herrera de Pachón construyeron y edificaron todas las mejoras que hoy existen dentro del lote de terreno ya alinderado, construcciones que forman una casa con mejoras de hornos, servicios etc.

"17. Tomás Venegas tuvo pleno conocimiento de dichas mejoras y de que éstas correspondían a mis poderdantes".

En derecho se fundamentó la demanda en los artículos 180, 1.012, 1.155, 1.740, 174 (sic) 1.781, 1.820, 1.494, 1.495, 1.502, 1.524, 1.864, 2.432, 739 y concordantes del Código Civil.

Aceptada la anterior demanda se corrió de ella traslado a los demandados quienes por medio de apoderado la contestaron, negando los hechos fundamentales del libelo y oponiéndose a las declaraciones allí impetradas.

Cumplidos los trámites de la primera instancia, el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, por sentencia de fecha 5 de junio de 1957, desató la litis no accediendo a ninguna de las declaraciones impetradas en los numerales 1º a 6º inclusive de la parte petitoria y como consecuencia de ello absolvió a los demandados y condenó en costas a la parte demandante.

No satisfecha con la anterior providencia la parte vencida apeló ante el Tribunal y esta superioridad por sentencia de 25 de febrero de 1958, confirmó aunque por otras razones, la providencia objeto de la alzada, contra la cual propuso el recurso de casación la parte demandante.

EL RECURSO

Tres cargos dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial se formulan por el recurrente así:

"A) Error de hecho evidente en los autos al no estimar el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, número 1.060 del 24 de octubre de 1955, visible al folio 26 vuelto del cuaderno número 2º. PRUEBAS DEL DEMANDANTE, legalmente allegado a los autos; y

"B) Error de hecho evidente en los autos al pasar el H. Tribunal sobre la escritura en copia, número 2.410 de 18 de julio de 1941, Notaría 4ª de Bogotá, visible a los folios 30, 31, 32 y 33 del mismo cuaderno número 2º CUADERNO DE PRUEBAS DEL DEMANDANTE".

Expuesto el cargo en los términos antes transcritos ,agrega el recurrente:

"El mismo H. Tribunal desechó la copia de la escritura número 2.410 citada y prescindió del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados en el que sí consta claramente que la citada escritura número 2.410 de 18 de julio de 1941, SI FUE registrada. La copia de la escritura mencionada fue allegada a los autos con la plenitud de las formalidades de los artículos 630 y 635 del Código Judicial. El H. Tribunal hizo caso omiso de estas dos normas, olvidó el artículo 2.669 del Código Civil violando esta última norma por omisión aplicó indebida y erróneamente el artículo 2.673 de la misma obra; y como consecuencia de estos errores dejó de interpretar para el caso de la discusión el artículo 1.766 del Código Civil que autoriza dictar sentencia sobre simulación".

Violación de los artículos 630 y 635 del Código Judicial y 1.759, 2.669, 2.673 y 1.766 del Código Civil.

Según el recurrente en las violaciones de las normas citadas incurrió el Tribunal por error de derecho al no haber dado el valor de plena prueba al certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, ya mencionado y a la escritura pública número 2.410 de 18 de julio de 1941 de la Notaría 4ª de Bogotá.

Este cargo es por interpretación errónea del artículo 474 del Código Judicial, a consecuencia de la cual, dejó de aplicarse al caso sub-lite el artículo 739 del Código Civil. Al propio tiempo y en el mismo cargo el recurrente impugna la sentencia por error de hecho y al efecto dice:

"Acuso la sentencia del H. Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio de la discusión, por error de hecho al tomar como base para negar las peticiones subsidiarias las copias expedidas y allegadas al juicio, provenientes del Juzgado Cuarto Civil de este Circuito y visible a los folios 2 a 18 del cuaderno número 4 PRUEBAS del demandado Venegas".

Consideraciones de la Corte.

Dada la estrecha conexión que existe entre los cargos primero y segundo, se estudiarán ambos conjuntamente. no sin antes advertir que la demanda no se atempera a las normas que rigen este recurso extraordinario. Reiteradamente ha dicho la Corte: "No puede proponerse simultáneamente respecto a una misma prueba, error de derecho y error de hecho en su estimación".

No deja de ser contradictoria, debe observarse, la forma como el recurrente impugna la sentencia, pues en el primero de sus cargos dice que el sentenciador incurrió en error de hecho al pasar por alto la escritura número 2.410 de 18 de julio de 1941 de la Notaría Cuarta de Bogotá y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, número 1.060 de 24 de octubre de 1955 (folio 26, cuaderno número 2); y en el segundo impugna la sentencia por no haber dado a los documentos antes citados el valor probatorio que al efecto le señalan los artículos 630 y 635 del Código Judicial. Es obvio, que si no le reconoció eficacia legal a tales documentos, fue porque los apreció, en cuyo caso queda descartada la posibilidad de un error de hecho. Ha confundido, pues, el recurrente la no apreciación de un elemento probatorio con su in-

debida apreciación que son dos aspectos jurídicos distintos dentro del primer motivo de casación. No obstante lo anteriormente expuesto, y por vía de amplitud la Corte procederá al examen de los cargos mencionados.

La razón fundamental en la cual se apoyó el sentenciador para no declarar relativamente simulado el contrato contenido en la citada escritura 2.410, fue la siguiente:

"Ahora bien: como en el caso sub-lite se impetra la declaración de que el contrato contenido en la escritura 2.410 de 18 de julio de 1941, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, es relativamente simulado, incumbía a la parte actora allegar al proceso la prueba del contrato en cuestión, que por ser solemne, ya que se trata de la compraventa de un bien raíz, o de un mutuo con hipoteca según la afirmación de los demandantes, no podía ser otra distinta de la correspondiente escritura, debidamente registrada.

"Acontece que la parte demandante no cumplió cabalmente con su carga probatoria, puesto que la copia de la escritura pública 2.410 prenombrada que se allegó a los autos no lleva reproducida la corespondiente nota de registro, razón por la cual no presta fe.

"En efecto: a los folios 30 a 33 del cuaderno de pruebas de la parte actora obra la copia de la escritura 2.410 de 18 de julio de 1941, expedida por el Notario Cuarto de esta ciudad, en la cual sólo aparece reproducida la nota de registro correspondiente a la 613 de 12 de febrero de 1946, pasada en la misma Notaría, y cuya copia se expidió juntamente con la de la 2.410 que es de la que ahora se trata. Que tal nota de registro corresponde a la escritura 613 y no a la 2.410 es muy fácil de establecer: en el certificado del registro que figura al folio 26 vuelto de 1.946, fue registrada bajo el número 2.785; y la nota de registro a que se ha hecho referencia se dice precisamente que fue registrada el 19 de marzo de 1946 en el libro primero ,bajo el número 2.785. A lo cual cabe agregar que resultaría verdaderamente extraño, si dicha nota se refiriera a la escritura 2.410, que aquel instrumento otorgado el 18 de julio de 1941, sólo hubiera sido registrado cinco años más tarde, el 19 de marzo de 1946.

"Ahora bien:

"Dispone el artículo 2.673 del Código Civil que 'ninguno de los títulos que requieran la inscripción o registro, hace fe en juicio, ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código'. Y la única manera que acredita ante el Juez que la escritura debidamente registrada consiste en presentar copia de la misma con la reproducción de la correspondiente nota de registro".

Es verdad, que a término del artículo 2.673 del Código Civil, ninguno de los títulos sujetos a inscripción o registro hacen fe en juicio ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la forma allí prescrita. Como se ve, la ley no ha sancionado con la nulidad absoluta ni considera inexistente un título sujeto a la inscripción o registro, sino que se concreta a declarar que no hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad.

No afirmó el sentenciador cosa contraria a la realidad procesal al decir que la copia de la escritura pública número 2.410 de 18 de julio de 1941 de la Notaría Cuarta de Bogotá, no llevaba reproducida al pie la correspondiente nota de registro, pues basta verificar tal instrumento público para ver que allí no aparece en realidad, reproducida la nota de registro, sino únicamente aparece la referente a la escritura número 613 de 12 de febrero de 1946 de la Notaría Cuarta de Bogotá, hecho éste que corrobora el mismo Registrador de Instrumentos Públicos y Privados en su certificado visible al folio 26 del cuaderno número 2, que fue aportado a los autos en forma conducente durante la primera instancia.

Es verdad, que el artículo 2.669 del Código Civil, previene que la nota de registro se ponga al pie del título, pero de ahí no se sigue, como lo ha dicho la Corte, que en caso de omitirse por cualquier circunstancia esta formalidad, le esté vedado a la parte interesada obtener en otra ocasión y por otra vía el certificado del Registrador, como al efecto se hizo en el caso sub-lite. El referido certificado dice así:

"Primero. Que por escritura número 613 de 12 de febrero de 1946. Notaría Cuarta de Bogotá, registrada bajo el número 2.785, Julio C. Santos vendió a Tomás Venegas un lote de terreno número 174 de la manzana I de la Urbanización del Barrio de Las Quintas, en esta ciudad, con cabida de 637,50 v2 con frente a la calle 63-A marcado con los números 30-35 y 30-45 de la dicha calle, junto con sus edificaciones, de ladrillo y teja metálica, cerca de ladrillo que lo encierra y que linda: Norte, con la calle 63-A; Sur, con el lote número 161 de la misma manzana y urbanización

citada; Oriente, con el lote número 175 de la misma manzana y la misma urbanización; y Occidente, con el lote número 173 de la misma manzana y urbanización. Segundo. Que Julio C. Santos adquirió el inmueble determinado de Corcino Pachón con pacto de retroventa, por escritura número 2.410 de 18 de julio de 1941, Notaría 4ª de Bogotá".

Al garantizar y dar fe pública el registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá en el numeral 2º del documento antes transcrito de que Julio C. Santos adquirió el inmueble allí determinado con pacto de retroventa de Corcino Pachón, por medio de la escritura pública número 2.410 de 18 de julio de 1941, de la Notaría Cuarta de Bogotá —que es la misma a que este litigio se refiere—, fue sin duda alguna por cuanto el citado funcionario halló en el libro correspondiente la inscripción o registro de la mencionada escritura pública, efectuado de conformidad con lo previsto en los artículos 2.641, 2.653, 2.657 y 2.659 del Código Civil, habiéndose así efectuado la tradición del dominio del inmueble en cuestión de acuerdo con las exigencias del artículo 756 ibídem.

Los certificados expedidos por aquellos empleados, es sabido, son "documentos auténticos" y hacen plena prueba sobre el hecho o hechos allí certificados, advirtiéndose desde luego que sirven dichos documentos para demostrar las sucesivas tradiciones de un inmueble, los gravámenes que pesan sobre él y su situación jurídica como embargos, demandas etc. aunque no demuestran en sí mismos la existencia de los actos jurídicos a los cuales se hace allí referencia.

El referido certificado fue aportado en debida forma al proceso como elemento probatorio. Siendo esto así, tiene el valor de plena prueba que al efecto le reconoce el artículo 632 del Código Judicial, cuya disposición fue infringida en este caso por el sentenciador, al no haberle reconocido al susodicho certificado su eficacia o mérito legal y como consecuencia de ese error aplicó indebidamente al caso del pleito el artículo 2.673 del Código Civil. Desde este punto de vista, tiene razón el recurrente y su cargo está llamado a prosperar, mas no porque el sentenciador hubiera pasado por alto la apreciación del certificado de libertad, pues ya se vio cómo a él hizo alusión y lo valoró en el pasaje de la sentencia ya transcrito, lo cual descarta la posibilidad de un error de hecho, sino por no haberle reconocido el mérito probatorio señalado en la ley, lo que viene a configurar dentro de la técnica de este recurso el llamado error de derecho que al demostrarse daría margen para infirmar el fallo, pero como al examinar la Corte el fondo del asunto controvertido en esta litis halla que no está probada la simulación, el cargo que ha sido examinado no incide en la parte resolutiva de la sentencia materia de este recurso.

Expuesto lo anterior, y por vía doctrinal considera la Corte conveniente antes de seguir adelante rectificar la tesis del Tribunal que dice en la motivación de su fallo lo siguiente:

"Y la única manera de acreditar ante el Juez que la escritura fue debidamente registrada, consiste en presentar copia de la misma con la reproducción de la correspondiente nota de registro".

En respaldo de su afirmación cita el Tribunal la sentencia de fecha 30 de mayo de 1913 (XXXIX), sin reparar que allí no se dice en forma absoluta que sea ésta la única manera de comprobar la inscripción o el registro de los Instrumentos Públicos sometidos a tal formalidad. Al efecto dice así en lo pertinente dicha sentencia:

"Tratándose en el presente caso de obtener la nulidad de un testamento solemne y abierto, era forzoso demostrar la existencia del acto incriminado, y por ende, era imperativo presentarlo en copia notarial, con la constancia del registro o la demostración de que tal formalidad se había llevado a cabo. Pero así no se ha procedido, en este litigio y por eso, el fallador en segunda instancia juzgó rectamente que esa omisión constituía un soporte suficiente para negar las peticiones de la demanda, confirmando la sentencia de primer grado".

A este respecto puede decirse en resumen que la jurisprudencia de la Corte establecida desde hace varios años ,es la siguiente:

"Cuando el instrumento público es exigido por la ley como prueba de un acto o contrato, necesita estar registrado para que pueda admitirse como tal prueba, pero esto no quiere decir que la nota de registro deba aparecer en la misma escritura, lo indispensable es que esté registrada, cosa que puede comprobarse con el respectivo certificado del registrador, en que expida copia de la inscripción" (Casación 8 de noviembre de 1927, Tomo XXXV, página 98).

Examinada la acusación por el aspecto antes mencionado y hecha la necesaria rectificación doctrinaria al Tribunal, la Corte considera:

La acción instaurada en el presente juicio ha

sido enderazada con el objeto de obtener judicialmente la declaración de que el contrato recogido en la escritura pública número 2.410 de 18 de julio de 1941 de la Notaría Cuarta de Bogotá, es relativamente simulado, ya que lo celebrado entre Corcino Pachón y Julio C. Santos, no fue un contrato de compraventa del inmueble allí determinado, sino uno de mutuo con hipoteca. Al propio tiempo los mismos demandantes solicitan se declare que el contrato contenido en la escritura número 613 de 12 de febrero de 1946, de la Notaría Cuarta, por medio de la cual Julio C. Santos dijo vender a Tomás Venegas el inmueble allí mencionado, no produce efecto legal respecto de ellos ni de los demandantes en su condición ya expresada, por tratarse de venta de cosa ajena a sabiendas de los contratantes. En cuanto a las peticiones subsidiarias del libelo, ellas se refieren a obtener sean condenados los demandados al pago de las mejoras efectuadas por los demandantes en el inmueble a que se ha hecho referencia.

Planteada en estos términos la controversia considera oportuno la Corte dejar previamente establecidos los siguientes principios:

La acción de simulación, sea absoluta o relativa y la de nulidad, son, como lo ha dicho la jurisprudencia nacional, dos acciones diferentes. En la primera que tiene naturaleza declarativa, se trata de la prevalencia de un contrato secreto sobre el acto ostensible o sea la desaparición de un convenio artificial, para que en su lugar surja el que realmente ajustaron las partes. En la segunda, se trata de la invalidación de un acto jurídico real que no puede legalmente subsistir por ciertas deficiencias legales de forma o de fondo.

Cabe observar además, que la simulación judicialmente decretada no perjudica a los terceros a quienes expresamente ampara la ley.

Por otra parte, desde el punto de vista probatorio y en tratándose de la acción de simulación, la Corte ha hecho este distingo: "Si el actor invoca una acción heredada de su causante que fue uno de los contratantes, y no en nombre propio, estará sujeto a las mismas restricciones probatorias a que lo estaría aquél, de donde se deduce que quien en una acción de simulación ejercitada a nombre del de cujus, no presentare prueba por escrito o principio de prueba por escrito y no existiendo en el proceso la confesión del demandado al respecto, la prueba testimonial no resulta admisible para probar la simulación".

Expuesto lo anterior, conviene transcribir el contrato recogido en escritura pública número 2.410 de 18 de julio de 1941 de la Notaría 4ª de Bogotá, que dice en lo pertinente así:

"En este estado manifiesta el comprador señor Corcino Pachón lo siguiente: a) Que por medio de esta misma escritura transfiere a título de venta con pacto de retroventa a favor del señor Julio C. Santos, mayor de edad, vecino de esta ciudad con cédula de ciudadanía número 434219 expedida en Villeta y a quien también conozco personalmente, de lo cual doy fe, es a saber: 'La misma finca que el exponente ha comprado por medio de esta escritura y tal como ha quedado relacionada en el punto primero, con todos sus enseres, utensilios y herramientas que componen el tren de panadería allí establecido y del que se forma inventario separado. Firmado por ambos y sin reserva ni limitación alguna. b) Que el precio de la venta es la suma de dos mil quinientos setenta y cinco pesos ($ 2.575.00) moneda corriente, que confiesa tener recibida a su entera satisfacción de manos del comprador señor Santos. c) Que el vendedor al tenor de la ley civil, se reserva el derecho de recobrar las cosas vendidas reembolsando al comprador señor Santos el valor total de dos mil quinientos setenta y cinco pesos ($ 2.575.00) moneda corriente, siempre que dicho reembolso lo efectúe en la ciudad de Bogotá y dentro del término de un año contado a partir de la fecha del presente instrumento, es decir, el día diez y ocho (18) de julio de mil novecientos cuarenta y dos (1942). d) Que por el término de un año toma en arrendamiento al señor Santos ,o sea, desde hoy, las mismas cosas que son materia de esta venta, comprometiéndose a pagarle como canon de arrendamiento mensual la suma de treinta y siete pesos cincuenta centavos ($ 37.50) moneda corriente, por mensualidades anticipadas, durante los cinco primeros días de cada mes además a pagar los gastos de esta escritura y todos los que se causen al llevar a cabo el pacto de retroventa mencionado. e) Que como arrendatario se obliga a mantener las cosas arrendadas en buen estado; a correr con los pagos que causen las reparaciones locativas de las mismas; a no subarrendar en ningún caso, sin permiso escrito del arrendador; a pagar puntualmente los arrendamientos, reconociendo en caso de mora un interés del uno por ciento (1%) mensual sin perjuicio de que el arrendador dé por terminado el contrato y exija la inmediata entrega de las cosas arrendadas; a pagar por vía de cláusula penal la suma de cin-

cuenta pesos ($ 50.00) para el caso de no dar cumplimiento a alguna o algunas de las obligaciones que contrae, siendo, además, de cargo del arrendatario los gastos que ocasione cualquier demanda judicial promovida a causa de su incumplimiento; y a destinar la casa arrendada a habitación con su familia y al desarrollo del negocio de fabricación de pan allí establecido. Presente el señor Julio C. Santos, de las condiciones civiles anotadas anteriormente, manifestó lo siguiente; que acepta la venta con pacto de retroventa que por medio de la presente escritura le hace al señor Corcino Pachón en las condiciones anteriormente establecidas. Que ha recibido a satisfacción el inmueble y enseres materia del contrato. Que cumplirá con la obligación de entregar al señor Pachón las cosas vendidas siempre que éste efectúe el pago de la cantidad y en la fecha antes expresada. Que dá en arrendamiento al señor Corcino Pachón las propiedades y enseres materia de esta venta por el término de un año y por el canon de arrendamiento mensual de treinta y siete pesos cincuenta centavos moneda corriente, al tenor de lo establecido en el texto de esta escritura. Ambas partes declaran: que el vendedor Corcino Pachón, desea, durante el plazo establecido para poder exigir y recobrar las cosas vendidas invertir en mejoras algunas sumas de dinero de su exclusiva propiedad, que aun cuando estas mejoras aumenten el valor de las cosas vendidas con ellas asegura mejor el dinero recibido del comprador señor Santos y éste, para el caso de devolverle la propiedad mediante el pacto de retroventa aquí especificado, nada tendrá que reconocer a Pachón ni por el valor de tales mejoras ni por el uso o beneficio que haya obtenido de las mismas al tiempo que pueda transcurrir para llevar a cabo la retroventa dentro del plazo prefijado. Las mejoras en todo caso, serán hechas previa aceptación y autorización del señor Julio C. Santos".

De la simple lectura del instrumento anteriormente transcrito, se infiere claramente que el contrato celebrado entre Corcino Pachón y Julio C. Santos, fue el de compraventa del inmueble allí mencionado con pacto de retroventa; es decir, no se celebró una venta pura y simple, sino subordinada a una condición resolutoria, o sea, al ejercicio del derecho de recuperación por el vendedor en los términos y forma establecidos en el contrato (artículo 1.939 del Código Civil), sin que de autos aparezca comprobado, debe observarse, que el vendedor hubiese ejercitado tal derecho en ningún momento.

No obstante ser ésta la relación jurídica contractual de que da cuenta el instrumento público número 2.410, la parte demandante sostiene que ello no es así, ya que la intención de los contratantes fue la de celebrar un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, que es el que debe prevalecer sobre el llamado de venta con pacto de retroventa, y para demostrar este extremo de la litis, pidió en tiempo oportuno la práctica de varias pruebas, entre ellas, las declaraciones de Roberto Andrés Pinzón y Alejo Nicolás Moreno.

En cuanto al primero de los nombrados, su declaración obra al folio número 9 del cuaderno número 2 y al ser preguntado de conformidad con el interrogatorio formulado por la parte demandante, (pregunta 4ª) si le constaba que el negocio celebrado entre Corcino Pachón y Julio C. Santos, por medio de la escritura número 1.410 de 18 de julio de 1941 de la Notaría Cuarta de Bogotá, fue el de mutuo por $ 2.500.00, dejándole como garantía con pacto de retroventa el inmueble materia de la venta, contestó categóricamente lo siguiente: "No me consta porque como lo he dicho no he tenido trato de ninguna clase con el señor Julio C. Santos".

En lo que dice relación al señor Alejo Nicolás Moreno, no aparece de autos que hubiese rendido la declaración solicitada por el demandante. Obran sí en el expediente las declaraciones de Marco Tulio Mondragón, Rafael Ignacio Pérez Martínez, Manuel Pérez, Aurelio Orjuela e Isabel Landínez de Villamizar, todos los cuales se limitan a afirmar sin dar mayor razón de sus dichos, que las mejoras hechas en el inmueble en cuestión, fueron pagadas por la señora Ana Lucía de Pachón, quien en compañía de su esposo Corcino Pachón, fueron también quienes construyeron y llevaron a cabo la edificación y eran considerados por el vecindario, como los dueños absolutos del inmueble números 30-33 y 30-35 de la calle 63-A de esta ciudad. Como se ve, las declaraciones antes mencionadas no sólo carecen de toda eficacia, sino que son inadmisibles como medio probatorio en casos como el presente por las razones que en su oportunidad fueron ya expuestas.

En lo que respecta al demandado Julio C. Santos, éste ha venido sosteniendo a través de toda la litis, que el contrato celebrado con Corcino Pachón, fue de venta con pacto de retroventa, como fue lo estipulado desde un principio

y así lo ejecutaron ambas partes. Esto lo afirmó no sólo al contestar la demanda, sino al absolver las posiciones solicitadas por la parte demandante. Dicha diligencia obra a folios 19 del cuaderno número 2, y allí consta lo siguiente:

"A la décima séptima que dice: 'Es verdad, sí o nó, que lo convenido con Corcino Pachón, no fue una venta con pacto de retroventa, sino un préstamo con hipoteca sobre el dinero indicado? Contestó: No es cierto. Leída la aprobó. A la décima octava que dice: '¿Es cierto sí o nó que se puso en la escritura un pacto de retroventa, con el fin de evitarse el juicio de venta en caso de incumplimiento por parte de Corcino Pachón?' Contestó: No es cierto. Leída la aprobó".

En iguales términos absolvió sus posiciones el demandado Tomás Venegas. quien dijo lo siguiente: (Folio 16 C. Nº 2):

"A la quince: '¿Es cierto sí o nó, que usted supo perfectamente que el contrato de Corcino Pachón con Julio C. Santos no era de retroventa, sino de mutuo con hipoteca?' Contestó: No es cierto. Leída la aprobó".

En conclusión: No habiendo sido demostrada la simulación demandada, resulta que el pacto del cual dá cuenta la escritura 2.410 de 18 de julio de 1941, de la Notaría 4ª de Bogotá, debe considerarse como exacto, real y verdadero.

Tercer cargo.

En este cargo se acusa la sentencia por error de hecho al tomar el Tribunal como base para negar las peticiones subsidiarias las copias allegadas al juicio. procedentes del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá y dice el recurrente que a consecuencia de tal error, el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 474 del Código Judicial y dejó de aplicar el 739 del Código Civil.

La Corte considera:

Ciertamente, fueron las copias a que alude el recurrente, las que sirvieron de fundamento al Tribunal para negar la súplica del demandante, consistente en que se condenara a los demandados al pago de las mejoras, obras y construcciones llevadas a cabo por la sociedad conyugal Corcino Pachón y Ana Lucía Herrera de Pachón, en el inmueble a que hace referencia el libelo.

Según tales copias, consta allí que por sentencia del Juzgado Cuarto Civil de este Circuito de fecha 11 de enero de 1951, fue condenada Lucía Herrera de Pachón a restituírle a Venegas, no sólo el referido lote, sino todas sus mejoras, dependencias y anexidades. Consta además, que al efectuarse la entrega ordenada por el Juzgado, Corcino Pachón formuló oposición alegando ser dueño de las mejoras allí establecidas, oposición que negó el Juzgado en providencia que fue apelada ante el Tribunal, el cual la confirmó por no haber hallado demostrado en autos que hubiera sido Pachón, quien hubiese llevado a cabo las mencionadas mejoras. Como se ve, este asunto de las mejoras fue materia de una controversia judicial, que quedó definida en las condiciones dichas.

Lo expuesto anteriormente, es lo que aparece en resumen, establecido en autos con las copias a que alude el recurrente, y ateniéndose estrictamente a lo consignado en ellas, el Tribunal dijo en la motivación de la sentencia recurrida lo siguiente:

"Las peticiones subsidiarias tendientes a obtener la declaración de que los demandados adeudan a la parte actora el valor de las mejoras, construcciones y obras hechas por Corcino Pachón y Ana Lucía Herrera, tampoco pueden recibir despacho favorable por las siguientes razones:

"Según aparece de las copias que obran a los folios 3 y siguientes del cuaderno número 4, debidamente allegados al proceso, por sentencia ejecutoriada proferido en el juicio ordinario de Tomás Venegas contra Lucía Herrera de Pachón, fechada el 11 de enero de 1951, el Juzgado Cuarto Civil de este Circuito condenó a la demandada a restituír al demandante Venegas el mismo lote de terreno a que se refiere la demanda con que se inició el presente proceso, junto con sus edificaciones y anexidades. Mal puede, por tanto, pretender ahora Ana Lucía Herrera viuda de Pachón que se le paguen unas mejoras que se le ordenó restituír por no ser de su propiedad, máxime cuando no demostró que las mejoras cuyo pago reclama son distintas de las que se le ordenó restituír.

Cabe asímismo observar que según aparece de tales copias, al llevarse a cabo la diligencia de entrega del referido lote de terreno, en cumplimiento de la sentencia de 11 de enero de 1951, se opuso el propio Corcino Pachón en su condición de socio de la sociedad conyugal formada con Ana Lucía Herrera, alegando haber hecho las siguientes mejoras: 'Todas las construcciones situadas al oriente de dicha finca y en dirección sur, incluyendo los hornos, el embaldosinado, el cemento, las instalaciones de agua y luz y servicios sanitarios'. El Juzgado negó la oposición porque 'no aparece justificada en forma alguna', y el Tribunal, en proveídos del 16 de marzo y 23

de abril de 1953, confirmó la negativa del Juez, entre otras razones, por no haber demostrado que fue él quien hizo tales mejoras.

"De esta suerte, habiéndose resuelto con intervención de Corcino Pachón que no tenía derecho a retener el mencionado lote de terreno por no haber demostrado que las mejoras por él alegadas eran suyas, no pueden hoy su cónyuge ni sus herederos pretender que se les pague, pues no probaron que fueran distintas".

Si lo dicho por el Tribunal en su anterior apreciación es fiel y exacto reflejo de lo que se halla consignado en las copias a que se ha hecho referencia y si tampoco afirmó o dio por establecido hecho alguno que aparezca de manifiesto en pugna con la realidad procesal, es obvio que no existe el pretendido error de hecho denunciado por el recurrente y por ende no resultan infringidas las normas por él citadas. Así las cosas, su acusación por este aspecto tampoco está llamada a prosperar, porque para que una impugnación por el concepto por él invocado pueda triunfar, es menester que el error de hecho sea manifiesto, lo cual tiene lugar cuando la sentencia dá por establecidos hechos que claramente no aparecen a través de las pruebas invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstos se hallan contradichos de modo evidente con otros documentos del mismo proceso y nada de ello ha ocurrido en el presente caso.

Finalmente, debe observarse, que en autos obra como prueba copia de la escritura pública número 2.410 de 18 de julio de 1941 de la Notaría Cuarta de Bogotá, y allí expresamente se estipuló que en el caso de que Corcino Pachón hiciese a su costa mejoras en el inmueble que le vendió a Santos, éste no estaba obligado a reconocer al primero de los nombrados suma alguna por concepto del valor de dichas mejoras. Existiendo, pues, esta estipulación que forma parte de un contrato que es ley para las partes contratantes, tal circunstancia habría bastado para no condenar a la parte demandada al pago de las mejoras que ahora se reclaman por medio de este juicio. Por las razones expuestas, no se acepta el cargo.

* * *

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinticinco (25) de febrero de mil novocientos cincuenta y ocho (1958), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por la sucesión de Corcino Pachón contra Julio C. Santos y otro.

No hay costas en el presente recurso, por haber dado lugar a una rectificación de carácter doctrinario.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

LA INDEBIDA APLICACION Y LA ERRONEA INTERPRETACION QUE SON DOS FORMAS DIVERSAS DE VIOLAR LA LEY, NO PUEDEN PRESENTARSE SIMULTANEAMENTE RESPECTO DE UNOS MISMOS PRECEPTOS.—UNA COSA ES LA NULIDAD DE UN REMATE COMO ACTO CIVIL Y OTRA BIEN DISTINTA ES LA NULIDAD DEL JUICIO EJECUTIVO EN QUE TAL REMATE SE EFECTUO. — SUS EFECTOS. — EL INTERES PARA PEDIR LA ANULACION DE UN REMATE POR VICIOS SUSTANCIALES ES DISTINTO AL QUE EXISTE PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL JUICIO EN QUE LA SUBASTA SE PRACTICO.—RAZON POR LA CUAL EL NUM. 2º DEL ARTICULO 451 DEL C. J. REVISTE CARACTER SUSTANCIAL

1.—No se atempera el recurrente a los principios que orientan el recurso extraordinario al aducir al tiempo la indebida aplicación y la errónea interpretación que son dos formas diversas de violar la ley, ya que ellas no pueden presentarse simultáneamente respecto de los mismos preceptos, pues mientras la primera implica que se haya aplicado al caso una norma que no lo regula, la segunda consiste en haberse aplicado la norma que gobierna el caso, pero dándole un significado distinto al que tiene.

2.—"En un juicio ordinario revisorio (debió decirse anulatorio), sólo es procedente suplicar la nulidad de un remate hecho en trámite especial, por ministerio de la justicia, por una de estas dos razones: porque el contrato de venta realizado en virtud de la subasta es nulo como acto civil por faltarle alguno de los elementos esenciales para su existencia, habida consideración a su naturaleza o a la calidad o estado de los contratantes; o porque se han omitido algunas de las formalidades previas señaladas por la ley procesal, tales como la fijación de carteles, señalamiento de día y las demás especialmente determinadas" (G. J. 2001, página 72). "En efecto, una cosa es la nulidad de un remate y otra bien distinta es la nulidad del juicio ejecutivo en que tal remate se efectuó. Pedida y decretada la nulidad del juicio ejecutivo en el cual se llevó a cabo el remate, éste también queda sin efecto; pero no viceversa, pues el remate sólo puede anularse por las causales determinadas en la ley o cuando expresamente se ha pedido la nulidad de todo el juicio ejecutivo" (G. J. número 2001, Pág. 608).

3.—Es importante precisar que el interés para pedir la anulación de un remate por vicios sustanciales es distinto al que existe para solicitar la nulidad del juicio en que la subasta se practicó, pues en este caso puede formular la demanda ordinaria cualquiera de las partes de dicho juicio, citando a las demás y al rematante, al paso que para el primer evento se aplican las normas previstas en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

4.—El numeral 2º del artículo 451 del Código Judicial, reviste carácter sustancial, pues como lo expresó la Corte en sentencia de 27 de agosto pasado en el juicio de Francisco Vélez contra Marco Tulio Cadavid, dicho precepto "confiere un derecho a quien es parte en procesos en que tiene cabida la subasta, consistente en solicitar la nulidad, por ausencia de las formalidades consigiuentes".

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernado Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali el 22 de agosto de 1958, en el juicio ordinario instaurado por Francisco Villegas Arango frente al Banco de Bogotá, sucursal de la calle 12 de Cali, y otros.

ANTECEDENTES

Francisco Villegas Arango demandó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali al Banco de Bogotá, sucursal de dicha ciudad, Enrique Uribe J. y Andrés M. Mejía personalmente y como representante de "Construcciones Méjico Limitada", para que se hicieran las siguientes declaraciones:

PRIMERA. "Que es nulo el remate verificado el 28 de septiembre de 1954 en el juicio especial hipotecario que cursó en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali, del Banco de Bogotá, sucursal de la calle 12, Enrique Uribe J. y Francisco Villegas Arango contra Andrés Mejía Puerta y "Construcciones Méjico Limitada". por falta de formalidades para efectuarlo".

SEGUNDA: "Que el remate de que se habla en el punto anterior es nulo como acto civil, por falta de sendos precios para las propiedades vendidas en él".

TERCERA: "Que es nulo el auto aprobatorio del mismo remate dictado el 9 de octubre de 1954".

Como consecuencia solicita la demanda se ordene la cancelación de la mencionada diligencia y del auto que la aprobó en la Oficina de Registro de Cali, y "el levantamiento de la cancelación de las hipotecas que sirvieron de recaudo para tal juicio, comunicándoselo a los Notarios respectivos y al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali".

Las afirmaciones de hecho es pertinente extractarlas como sigue:

1º. En el Juzgado citado antes cursó un juicio de venta de cosa hipotecada que adelantó el Banco de Bogotá, sucursal de la calle 12 de Cali, contra Andrés Mejía Puerta, personalmente y como representante de "Construcciones Méjico Limitada", quienes eran deudores solidarios, a fin de hacer efectivo un crédito respaldado por hipoteca de segundo grado, constituída por escritura 780 de 3 de abril de 1952, Notaría Segunda de Cali, sobre dos inmuebles diversos a saber: a) Dos casas gemelas (que forman uno solo) marcadas con los números 12-70/72 de la carrera 15, y b, La casa número 16-49 de la calle 4ª Sur, ambos de la nombrada ciudad.

2º. A dicho juicio concurrieron, previa la citación respectiva, por una parte Enrique Uribe J. quien era acreedor hipotecario de primer grado respecto al primero de tales inmuebles, y Francisco Villegas A., quien tenía el mismo carácter en relación con el segundo.

3º. Surtido el trámite correspondiente, el Juzgado con fecha 19 de junio de 1954 dictó sentencia en la cual ordenó separadamente: a) La venta en pública subasta del primero de los inmuebles referidos, perteneciente a "Construcciones Méjico Limitada" para que con su producto se pagara en primer lugar el crédito de Enrique Uribe J.; b) La venta en pública subasta del segundo de dichos inmuebles perteneciente a Andrés Mejía Puerta para que se pagara con su producido en primer término el crédito del señor Francisco Villegas A.; c) Luégo dijo: "Con el excedente del producto de la venta en pública subasta de los dos inmuebles antedichos se pagará al tercer acreedor, Banco de Bogotá, Sucursal calle 12, de esta ciudad...", el crédito consiguiente.

4º. Consecuencia de lo anterior fue el avalúo de los bienes embargados y posteriormente secuestrados, el cual se hizo por los peritos de común acuerdo así: El primero de los inmuebles ordenados licitar por la cantidad de $ 40.000., y el último, por $ 25.000.00.

5º. El remate tuvo lugar en la fecha antedicha, en el que el Bco. de Bogotá hizo postura conjuntamente por los dos inmuebles, y al efecto ofreció el 70% de su avalúo que era la base de la subasta, y como no hubo otros licitadores se le adjudicaron aquellos bienes.

6º. El Banco no hizo la consignación del porcentaje legal, pues, era licitador por cuenta de su crédito, pero oportunamente pagó la totalidad del precio del remate, o sea la cantidad de $ 45.500.00, por lo cual la subasta recibió aprobación y posteriormente se registró.

7º. El producto de la venta fue repartido entre los tres acreedores, previa liquidación de sus respectivos créditos y una vez que quedó en firme la distribución efectuada por la Secretaría, la que por cierto fue objetada con éxito por los apoderados de Uribe y Villegas, de manera que hubo lugar a modificarla con resultado notoriamente favorable para sus intereses y, por tanto, con disminución proporcional para el otro acreedor, o sea el Banco.

8º. El demandante sostiene que hubo por un aspecto transgresión de las formalidades propias del remate en cuanto se permitió al rematante hacer postura conjuntamente por los dos inmue-

bles subastados, cuando han debido rematarse por separado, y por otro, que se infringieron normas que tutelan la subasta como acto sustancial, pues no hubo precio discriminado para cada inmueble vendido. Añade la demanda del juicio que la distribución del precio realizada por la Secretaría no era la que correspondía, precisamente por haberse repartido una sola cantidad y no el precio de cada bien independientemente.

El demandado Enrique Uribe se allanó a la demanda; el demandado Mejía Puerta no la respondió, y el Banco de Bogotá se opuso, aduciendo en el mismo acto las excepciones que denominó de carencia de acción, petición de modo indebido y la prevista en el artículo 329 del Código Judicial, pero no indicó los fundamentos de ninguna de ellas.

Agotada la primera instancia, el Juzgado falló el 2 de diciembre de 1957 en el sentido de declarar no probadas las excepciones propuestas, y decretar la nulidad del remate aludido "por falta de formalidades para efectuarlo", así como la de su auto aprobatorio. A renglón seguido, sinembargo dice el Juez: "Declárase que el remate de que se habla en los puntos anteriores es nulo como acto civil, por falta de sendos precios para las propiedades vendidas en él". Luego se ordena la cancelación del registro y se deja sin eficacia la cancelación de las hipotecas que dieron lugar al proceso de venta.

Este fallo lo apeló el Banco de Bogotá, y el Tribunal de Cali lo revocó, para negar todas las peticiones de la demanda, sin que se hubiera pronunciado, como era su deber, sobre costas en ninguna de las instancias.

Dicha sentencia, después de largas e innecesarias transcripciones, apoya su decisión simplemente en que siendo base de la demanda la nulidad del remate por falta de formalidades, los hechos denunciados como determinantes de tal defecto no son de recibo, "toda vez que el precio aparece claramente estipulado, máxime cuando no se desprendió perjuicio de ninguna índole para las partes; y de otro lado, ninguna de ellas reclamó en la oportunidad debida". Agrega que "hay constancia en cambio de que al producirse el segundo prorrateo o liquidación, las partes por medio de sus representantes, recibieron los valores asignados a cada una de ellas, aceptando plenamente las operaciones realizadas".

El recurso.

El recurrente acusa la sentencia con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por violación de los artículos 1.740 a 1.743 y 1.753 del Código Civil, como también del ordinal 2º del 451 del Código Judicial por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, "y también violación indirecta por errónea apreciación de las pruebas". Apesar de ello, luégo de desarrollar la violación directa, excluye el segundo aspecto del cargo, pues expresa: "Como en realidad las violaciones de la ley lo fueron por su mala interpretación y aplicación.... carece de objeto demostrar los errores que por causa de no tener en cuenta los elementos del proceso llevaron a violar las mismas disposiciones civiles indirectamente".

La errónea interpretación e indebida aplicación de los artículos 1.740 y 1.741 del Código Civil y del 451 del Código Judicial se hace consistir en que al efectuar el remate en forma conjunta sobre los dos inmuebles, considerándolos como de una sola persona, se violaron las formalidades propias de la subasta, máxime tratándose de diversos acreedores que perseguían el pago de sus acreencias sobre distintos bienes. En este punto, pues, estima que el remate no se practicó como lo ordenó la sentencia respectiva.

Explica la demanda de casación que se violó el artículo 1.741 del Código Civil en cuanto el Tribunal consideró como ratificables los vicios derivados de la subasta por la circunstancia de que los acreedores hubieran retirado el dinero que a ellos se asignó en la liquidación de los créditos, siendo así que no eran susceptibles de ratificación, conforme al artículo 1.743 **ibídem**, ya que está de por medio el interés público (artículos 6 y 16 del Código Civil), máxime cuando se trata de acredores que fueron lesionados con la irregularidad, y cuando cualquier ratificación sólo podría provenir del vendedor, mediante escritura pública. De lo contrario, termina el impugnador, no se explicaría que el artículo 457 del Código Judicial permitiera proponer la falta de formalidades para hacer el remate como motivo de nulidad en juicio ordinario posterior.

Se considera:

No se atempera el recurrente a los principios que orientan el recurso extraordiario al aducir al tiempo la indebida aplicación y la errónea interpretación que son dos formas diversas de violar la ley, ya que ellas no pueden presentarse simul-

táneamente respecto de los mismos preceptos, pues mientras la primera implica que se haya aplicado al caso una norma que no lo regula, la segunda consiste en haberse aplicado la norma que gobierna el caso, pero dándole un significado distinto al que tiene.

Sinembargo, obrando con amplitud la Corte examina la acusación por el aspecto que mejor convenga al interés del recurso, anotando en primer lugar que al señalarse como transgredidas conjuntamente las disposiciones sobre nulidad de los actos jurídicos y sobre nulidad procedimental del juicio, mezcla lo mismo que el Juez de primer grado, la nulidad del remate considerado como compraventa en que el vendedor es representado por el Juez como dice el artículo 741 del Código Civil, con la nulidad del proceso en que se produjo la subasta y que comprende ésta como parte de la actuación viciada, según la causal 2ª del artículo 451 del C. J.

"En un juicio ordinario revisorio (debió decirse anulatorio), sólo es procedente suplicar la nulidad de un remate hecho en trámite especial, por ministerio de la justicia, por una de estas dos razones: porque el contrato de venta realizado en virtud de la subasta es nulo como acto civil por faltarle alguno de los elementos esnciales para su existencia, habida consideración a su naturaleza o a la calidad o estado de los contratantes; o porque se han omitido algunas de las formalidades previas señaladas por la ley procesal, tales como la fijación de carteles ,señalamiento de día y las demás especialmente determinadas" (G. J. 2.001, página 72). "En efecto, una cosa es la nulidad de un remate y otra bien distinta es la nulidad del juicio ejecutivo en que tal remate se efectuó. Pedida y decretada la nulidad del juicio ejecutivo en el cual se llevó a cabo el remate, éste también queda sin efecto; pero no viceversa, pues el remate sólo puede anularse por las causales determinadas en la ley o cuando expresamente se ha pedido la nulidad de todo el juicio ejecutivo" (G. J. número 2.001, página 608).

Y aun cuando en este asunto se pidió la nulidad por los dos conceptos supradichos, ya que la súplica primera de la demanda expresa que la licitación es nula por falta de formalidades para efectuarla, y la segunda dice que es nula como acto civil, por falta de sendos precios para los inmuebles vendidos a través de él, es obvio que los dos fenómenos son diversos, y que se rigen por normas diferentes. Mas como las formalidades procesales que se indican no cumplidas son la ausencia de precios diversos para cada una de las propiedades vendidas, pues la demanda entiende que han debido licitarse por separado, que así lo ordenó la sentencia y que sinembargo se dio entrada al remate para hacer postura conjunta, en últimas el mismo hecho se aduce como generador tanto de la nulidad sustancial como de la procesal invocadas, desde luego interpretando que la intención del actor fue la de proponer la última no sólo respecto al remate, sino en relación con toda la actuación del juicio de venta donde aquél se efectuó, ya que, según se ha visto, a la nulidad del remate por vicios procesales sólo se puede llegar a través de la anulación del correspondiente sector del juicio donde tuvo lugar.

Aquí es importante precisar que el interés para pedir la anulación de un remate por vicios sustanciales es distinto al que existe para solicitar la nulidad del juicio en que la subasta se practicó, pues en este caso puede formular la demanda ordinaria cualquiera de las partes de dicho juicio, citando a las demás y al rematante, al paso que para el primer evento se aplican las normas previstas en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

En el juicio donde el remate se produjo, la sentencia del Juzgado ordenó en dos numerales diversos la venta de cada uno de los inmuebles perseguidos, ya que cada cual era objeto de un concurso particular no sólo por pertenecer a diversos dueños, sino porque los acreedores de primer grado garantizados por cada bien eran diferentes. Por similitud se recuerda que el artículo 2.499 del Código Civil dice: "A cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse a petición de los acreedores o de cualquiera de ellos, un concurso particular para que se les pague inmediatamente con ella, según el orden de las fechas de las hipotecas".

Como corolario, el avalúo se hizo separadamente para cada finca, y por eso los peritos le asignaron a la hipotecada al acreedor Uribe y en segundo lugar al Banco de Bogotá la cantidad de $ 40.00.00, mientras que a la hipotecada a Francisco Villegas y en segundo término al mismo Banco, le señalaron la cantidad de $ 25.000.00. Por esta causa los avisos de remate comprenden por aparte los dos inmuebles, los que figuran independientemente en los literales a) y b).

En el acta de remate se lee: "...a las seis menos quince minutos de la tarde, se presentó el doctor Héctor Villegas D. y en su condición de apoderado del Banco de Bogotá manifestó que por cuenta del crédito del Banco de Bogotá y con la

base del setenta por ciento del avalúo hacía postura por los inmuebles materia de la subasta, o sea por la cantidad de $ 45.500.00, oferta que el Juzgado aceptó por tratarse de un acreedor demandante que no está obligado a consignar el veinte por ciento que ordena la ley, y dispuso que el señor pregonero diera a conocer dicha oferta al público, lo cual así se hizo leyendo íntegramente el aviso de remate en alta voz, dando a conocer del público dicha oferta para que quien quisiera podía (sic) presentarse al despacho a mejorarla, que le sería admitida. Mas como llegaran las seis de la tarde en punto y ninguna otra persona se presentara al Juzgado a mejorar la postura hecha... a nombre del Banco de Bogotá, el Juzgado...declara cerrada la licitación y en consecuencia adjudica al Banco de Bogotá... los bienes que se dejaron determinados, por su situación, linderos y dimensiones en el cuerpo de esta acta por cuenta de su crédito y hasta la concurrencia del mismo, con la base del setenta por ciento, o sea por la cantidad de $ 45.500.00 moneda corriente".

Se anota que el Banco de Bogotá en últimas no hizo valer su carácter de rematante por cuenta del crédito sino para el efecto de abstenerse de consignar el porcentaje legal, pues dentro del plazo previsto por la ley consignó la totalidad del precio, o sea que no se imputó a éste el monto del crédito, como puede hacerse en dichos casos, a fin de sólo pagar la diferencia si es el caso, previa la caución de que habla el artículo 1.048 del C. J., cuando concurren acreedores de mejor derecho.

De la anterior reseña resulta que no hubo informalidad procesal alguna en la práctica del remate, pues el hecho de haberse avaluado independientemente cada uno de los bienes vendidos y de haberse anunciado al público la subasta también en forma separada, indicaba que las ventas se efectuarían por aparte la una de la otra. Mas ello no implicaba que si un mismo postor pretendía comprarlas ambas, tuviera que ofrecer primero por una de ellas y luégo por la otra, pues nada se oponía a que pudiera ofrecer por las dos en conjunto, ya que de antemano se conocía el precio de cada cual y la base de la licitación, o sea el 70% del avalúo de cada una de ellas.

Simplemente ocurrió que el precio de cada inmueble fue el mencionado porcentaje de su propio avalúo. En ninguna parte aparece que el Juzgado ordenara el remate conjunto, ni por ende resulta que el Banco no hubiera podido rematar uno solo de los bienes subastados, o que no hubiera sido admitido otro postor por ofrecer compra exclusiva de cualquiera de ellos, todo lo cual justificaría la objeción del recurrente, pues en tal evento no habría habido concurso particular para cada finca, como tampoco lo habría habido si se hubiera practicado un solo avalúo para ambas o si se hubiera avisado el remate de las dos sin la debida separación.

Lo dicho demuestra que no hubo violación por interpretación errónea del artículo 451, numeral 2º del Código Judicial, el cual reviste carácter sustancial, pues como lo expresó la Corte en sentencia de 27 de agosto pasado en el juicio de Francisco Vélez contra Marco Tulio Cadavid, dicho precepto "confiere un derecho a quien es parte en procesos en que tiene cabida la subasta, consistente en solicitar la nulidad, por ausencia de las formalidades consiguientes".

Y si bien el Tribunal no enfocó el aspecto de la posible nulidad del remate considerado como compraventa, no resulta violación por aplicación indebida de los artículos 1.740 a 1.743 del Código Civil desde el momento en que la nulidad sustancial se basaría en la ausencia de precio, y ya se vio que sí lo hubo.-Lo que pasó fue que en lugar de expresarse por aparte el correspondiente a cada finca, se expresó conjuntamente con el de la otra, mas ambos precios son determinables, pues correspondían al setenta por ciento de su avalúo singular. Se recuerda que el artículo 1.864 del Código Civil dice que el precio de la venta debe ser determinado por los contratantes y que "podrá hacerse esta determinación por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen".

Y en cuanto a la violación del artículo 1.753 del Código Civil que en su caso sería por falta de aplicación, se advierte que el Tribunal no vino a fallar con base en tal norma, porque como ya se apuntó no trata el aspecto de la nulidad sustancial sino se limita a la procesal, y la norma referida versa sobre la primera.

Es evidente que la sentencia recurrida destaca que los acreedores aceptaron la distribución del precio del remate que hiciera el Juzgado, e incluso que la primera operación fue objetada. por lo cual al prosperar las observaciones formuladas entre otros por el actor del presente negocio, vino a modificarse favorablemente en su interés, lo que excluiría la nulidad procesal alegada en caso de haberse producido. Si bien este concepto del Tribunal es equivocado, porque la ley procesal

no autoriza ratificación tácita en caso de nulidad por falta de formalidades para hacer el remate, como lo hace para la falta de citación o emplazamiento en la forma legal (artículo 450 in fine), es lo cierto que no existiendo la causal, como ya quedó sentado, la llamada ratificación no incidió en la parte resolutiva del fallo.

Resolución.

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

Sin costas en el recurso, por no aparecer causadas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

COMPRAVENTA. — REGLAS GENERALES DE GOBIERNO EN ESTE CONTRATO. TITULO Y MODO. — TRADICION DE LOS BIENES MUEBLES Y DE LOS INMUEBLES. — OBLIGACION DE SANEAMIENTO.—CULPA DEL VENDEDOR POR FALTA DE LA DILIGENCIA QUE ORDINARIAMENTE SE EMPLEA EN LA VENTA DE VEHICULOS AUTOMOTORES. — FINALIDAD Y PROCEDENCIA DE LA CAUSAL 2ª DE CASACION. — ESTA CAUSAL NO COMPRENDE GENERALMENTE LA INCONGRUENCIA ENTRE LA PARTE MOTIVA Y LA RESOLUTIVA DEL FALLO SINO ENTRE ESTA Y LAS PETICIONES OPORTUNAMENTE DEDUCIDAS POR LAS PARTES. — LA DISPARIDAD DE CRITERIO ENTRE EL SENTENCIADOR Y LAS PARTES LITIGANTES ACERCA DE LA CUESTION SUB-JUDICE, NO DA BASE PARA INVOCARLA

1.—La causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial, la ha establecido el legislador para corregir la desviación en que incurra el juzgador al dictar el fallo acusado, quien no puede salirse de los límites que le fija la relación jurídico-procesal.

Entonces, la incongruencia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado se encuentra cuando el sentenciador resuelve sobre puntos no sometidos al litigio por las partes (extra-petita); **o cuando deja de resolver sobre cuestiones incluídas en la acción o en la defensa** (minus-petita); **o, en fin, cuando reconoce más de lo pedido** (ultra-petita).

2.—Ha dicho la Corte que la causal segunda de casación no tiene ocurrencia cuando se hace consistir en que el Tribunal sentenciador haya considerado la cuestión sub-judice de manera diferente a como la aprecia alguna de las partes litigantes, o que se haya abstenido de decidir con los puntos de vista expuestos por alguna de éstas. (G. J. número 1.955, Pág. 307).

3.—Es también doctrina que la causal segunda de casación no comprende generalmente la incongruencia entre la parte motiva y la resolutiva del fallo, ya que la ley es clara al fijar como términos de comparación "las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes" y lo decidido por el Tribunal, que se encuentra siempre en la parte resolutiva de la sentencia acusada.

4.—Distingue el legislador entre la venta como título traslaticio, en virtud del cual el vendedor contrae la obligación de transferir el dominio y el comprador el derecho de exigir la entrega del bien vendido y la tradición como el modo conque se adquiere la propiedad. La tradición de los bienes muebles se efectúa por cualquiera de los medios indicados en el artículo 754 del Código Civil, entre los cuales está el permiso que concede el dueño a otra persona de aprehender materialmente una cosa presente. La de los bienes raíces sólo opera por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos.

El vendedor, al hacer entrega del objeto vendido al comprador, satisface así una de las dos principales obligaciones que le impone la ley (artículo 1.880 Código Civil), quedando pendiente la de saneamiento que consiste en que el comprador pueda usar y gozar de la cosa sin trabas de ninguna índole y de acuerdo para el fin a que está destinada, según su naturaleza.

Pero como la compraventa es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, está sometido a las reglas generales que gobiernan esta clase de convenciones (1.863), entre las cuales están las de que deben ejecutarse de buena fé y por consiguiente obligan no solamente a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación (1.603) y la de que el deudor es responsable de la culpa leve, si las partes nada han estipulado sobre el particular (1.604).

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

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Salazar).

ANTECEDENTES

El doctor Gregorio Suárez Rodríguez demandó al Presbítero Alfredo Ortiz Ayala para que se hicieran por sentencia las siguientes declaraciones:

"Primera. Que queda resuelto en razón del incumplimiento del demandado el contrato de compraventa celebrado con el suscrito demandante, sobre un automóvil marca "CHEVROLET", Modelo de 1949, con Motor número GAM-404027, tipo "De Luxe", de seis (6) cilindros en línea, de colores crema claro y azul, con capacidad para cinco (5) pasajeros, distinguido en la época del contrato con las placas de servicio particular número 1.739 de Santander, el cual fue celebrado el día veintidós (22) de junio de mil novecientos cincuenta y tres (1953) en esta ciudad de Bucaramanga por la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00) moneda legal, los cuales fueron oportunamente pagados por mí y recibidos por el demadado, sin que éste por su parte hubiera y haya cumplido hasta la fecha con la obligación de entregar la cosa vendida ni legalizado el contrato en manera alguna, ni devuelto el dinero recibido en todo ni en parte, con las naturales consecuencias en contra de mis intereses;

"Segunda. Que como consecuencia de la anterior declaración sea condenado el demandado Ortiz Ayala a reintegrarme en su totalidad los seis mil pesos ($ 6.000.00) que recibió y retiene indebidamente a título de pago, más los intereses sobre la misma suma según las fechas de pago así: sobre cuatro mil pesos ($ 4.000.00) desde el día veintidós (22) de junio, fecha del contrato; sobre cinco mil pesos ($ 5.000.00) desde el día veinticinco (25) de julio siguiente; y sobre seis mil pesos ($ 6.000.00) desde el día veintidós (22) de agosto siguiente del precitado año de mil novecientos cincuenta y tres (1953) hasta el día que cumpla con los mandatos de la sentencia, así como el pago de los perjuicios de orden material y moral que me ha ocasionado o haya podido ocasionarme según los hechos que adelante enumero, como consecuencia del mismo contrato y según apreciación pericial que oportunamente habrá de verificarse, todo lo cual deberá cumplir dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia;

"Tercera. Que, como acción subsidiaria y en el caso de que el demandado insista o esté resuelto al cumplimiento del contrato ejecutando a cabalidad sus obligaciones de vendedor, se le condene a reitegrarme del valor total recibido en la época del mismo, lo que valga de menos hoy el automotor según el estado actual del mismo, previo dictamen pericial que se haga por peritos técnicos en la materia dentro de la etapa probatoria, así como al pago de los perjuicios de orden material y moral que me ocasionó o haya podido ocasionarme en razón de su incumplimiento y teniendo en cuenta determinadas condiciones personales mías según lo que se pruebe en su oportunidad y de acuerdo con los hechos que adelante relataré de manera clara y exacta, y que se probarán a su debido tiempo; y

"Cuarta. Que se condene al demandado al pago de las costas en caso de que se oponga a las peticiones de la demanda".

Apoyó las anteriores peticiones en los hechos que pueden resumirse así:

a) Entre Ortiz Ayala, como vendedor, y Suárez Rodríguez, como comprador, se celebró el 22 de junio de 1953, en Bucaramanga el contrato en virtuu del cual el primero dio en venta al segundo el automóvil cuyas características quedaron relacionadas en la primera petición, por la cantidad de seis mil pesos, que Suárez pagó en dinero a Ortiz;

b) El 11 de septiembre de 1953 Suárez Rodríguez fue notificado por el Jefe de Automotores de Santander que el automóvil quedaba decomisado porque el manifiesto de aduanas presentado por el vendedor Ortiz Ayala se refería a una mercancía diferente, siendo el vehículo puesto a disposición del Juez de Aduanas para que adelantara la investigación correspondiente, y este funcionario se lo entregó al comprador Suárez R. el día siguiente "en calidad de depósito mientras se cumplían las formalidades de la investigación";

c) Informado el vendedor de lo ocurrido, consiguió que el Juez de Aduanas dictara una providencia por la que se disponía el traspaso del automóvil al comprador y también que el Director de Circulación expidiera la tarjeta de propiedad a favor de éste, y en virtud de estas providencias recibió "nuevamente", del Jefe Seccional del Servicio de Inteligecia Colombiano, el vehículo el 18 de diciembre de 1953;

d) El 19 de marzo de 1955, el comprador Suárez fue requerido por el Juez de Aduanas a fin de que le entregara el automóvil y así lo hizo, y "el Juez se lo llevó a la ciudad de Cúcuta, en

donde creo se halla en la actualidad al servicio de esas dependencias"

e) Por último, dice el demandante que pide pago de perjuicios morales porque se vio envuelto en una investigación de carácter penal como contrabandista de automotores y haber tenido que hacer gastos para su defensa

En derecho fundó la acción en los artículos 1546, 1.602, 1.603 y 1.605 del Código Civil.

Se opuso el demandado a que se hicieran las declaraciones solicitadas por cuanto —dice— "carecen de todo fundamento real, moral y legal" y por lo que hace a los hechos manifiesta que es cierto el contrato tal como aparece relacionado, pero que cumplió a cabalidad con su obligación de entregarle al vendedor el automóvil "el mismo día del contrato" y al día diguiente los papeles que pudiera necesitar para concluír los trámites administrativos.

Acepta que las autoridades de aduanas promovieron investigación sobre la posibilidad de que el vehículo hubiera sido introducido al país de contrabando por el primtivo dueño señor Alvaro Iriarte, investigación que terminó con la sentencia número 170-C de mayo de 1955 dictada por el Tribunal Supremo de Aduanas, cuya parte resolutiva dice:

"a). Se declara la inocencia de los ciudadanos Presbítero Alfredo Ortiz Ayala, doctor Gregorio Suárez Rodríguez y señor Enrique Moncayo Pazos, en la sindicación que se les hizo en el presente proceso;

"b). Se declara prescrita la acción penal en lo referente al sindicado Alvaro Iriarte Rocha;

"c). Se ordena restituír incondicionalmente el automóvil retenido a su último y legítimo propietario, señor Gregorio Suárez Rodríguez".

Por sentencia de 15 de mayo de 1957, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga puso fin a la primera instancia, negando las súplicas de la demanda y condenando en costas al actor.

LA SENTENCIA ACUSADA

Llevado el juicio al Tribunal Superior de ese Distrito por apelación de la parte demandante, por sentencia de 27 de junio de 1958 revocó el fallo apelado y en su lugar resolvió:

"a) No es el caso de declarar resuelto el contrato de compraventa celebrado por las partes y al cual se refiere la presente demanda;

"b) CONDENASE al presbítero doctor Alfredo Ortiz Ayala, a pagar al demandante doctor Gregorio Suárez Rodríguez, por concepto de daños y perjuicios materiales ocasionados en el contrato en referencia la suma de CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS ($ 4.438.00), moneda legal, diferencia entre el valor de seis mil pesos que entregó como valor del contrato y el valor de la cosa;

"c) CONDENASE al demandado presbítero doctor Alfredo Ortiz Ayala, a pagar al demandante doctor Gregorio Suárez R. el valor de los perjuicios materiales que conforme al procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial llegare a comprobar, referente a viajes, honorarios, abogados, transportes, peritazgos, y que hubieran tenido relación con el contrato celebrado y la recuperación del vehículo;

d" ABSUELVESE al demandado de los demás cargos formulados en la demanda;

"e) CONDENASE al demandado al pago de las costas de primera instancia.

"Costas de segunda instancia a cargo del demandado".

Para llegar a esta decisión el Tribunal encontró que "las obligaciones de las partes nacidas del contrato se cumplieron a cabalidad, toda vez que dicho acto quedó cristalizado con la entrega de la cosa por parte del vendedor y el pago del precio por parte del comprador y siendo esto así, la acción de resolución que cabe a las partes no obra, por cuanto no hay mora en los contratantes".

En cambio, encontró que por falta de manifiesto de aduanas el comprador sufrió serios perjuicios de carácter material, ya que el automóvil fue decomisado por las Autoridades de Aduana y finalmente entregado por éstas muy deteriorado y por lo mismo depreciado de valor por lo que decretó favorablemente la súplica subsidiaria de la demanda.

EL RECURSO

Interpuso recurso de casación el demandado, proponiendo los cargos que pasan a estudiarse y resolverse, en el orden establecido por el y resolverse, en el orden establecido por el artículo 357 del Código Judicial.

PRIMER CARGO

Con base en la causal segunda del artículo 520 ibídem, afirma el recurrente que la senten-

cia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Funda la acusación en que no obstante la claridad de los términos de las súplicas de la demanda, "el Tribunal desechó la petición principal y declara que el contrato fue cumplido a cabalidad por las partes, y sin embargo, condena a pagar perjuicios provenientes de la incautación que del vehículo hicieron las autoridades en poder del demandante, lo que no fue demandado. Después de la primera parte la conclusión lógica y jurídica era la absolución de la parte demandada".

Transcribe varios apartes del fallo acusado, en que el Tribunal reconoce el cumplimiento de la obligación del vendedor de la entrega de la cosa vendida, y de que las incidencias sobre incautación ocurrieron con posterioridad a esa entrega, para concluír el recurrente así:

"En ninguna parte de la demanda se hace la petición de saneamiento por evicción o por vicios redhibitorios y al decidir sobre ella el Tribunal falló **ultra petita**, saliéndose de las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; el demandante lo que alega es que el demandado no le entregó legalmente el automóvil y el demado alega que sí le entregó en forma debida el vehículo.

"La sentencia debe, pues ,invalidarse, para en su lugar resolver lo que lógicamente surge de los considerandos de la sentencia, o sea, la absolución de la parte demandada, confirmando así lo resuelto atinadamente por el Juzgado".

SE CONSIDERA:

La causal segunda del artículo 520 del Código Judicial establece que procede el recurso de casación por "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportuamente deducidas por los litigantes". Se tiene así que el legislador la ha establecido para corregir la desviación en que incurra el juzgador al dictar el fallo acusado, quien no puede salirse de los límites que le fija la relación jurídico-procesal .

Entonces, la incongruencia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado se encuentra cuando el sentenciador resuelve sobre puntos no sometidos al litigio por las partes (**extra-petita**); o cuando deja de resolver sobre cuestiones incluídas en la acción o en la defensa (**minus-petita**); o, en fin, cuando reconoce más de lo pedido (**ultra-petita**).

Ha dicho la Corte que esta causal no tiene ocurrencia cuando se hace consistir en que el Tribunal sentenciador haya considerado la cuestión **sub-judice** de manera diferente a como la aprecia alguna de las partes litigantes, o que se haya abstenido de decidir con los puntos de vista expuestos por alguna de éstas .(G. J. número 1.955, página 307).

Es también doctrina que la causal segunda de casación no comprende generalmente la incongruencia entre la parte motiva y la resolutiva del fallo, ya que la ley es clara al fijar como términos de comparación "las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes" y lo decidido por el Tribunal que se encuentra siempre en la parte resolutiva de la sentencia acusada.

En el caso de autos hay una coincidencia formal completa entre las peticiones de la demanda y lo resuelto por el Tribunal. Por lo que hace a las súplicas principales, que versan sobre la resolución del contrato el juzgador las negó totalmente. Y en cuanto a la subsidiaria, en que el actor pide que se condene al demandado para que le reintegre la diferencia entre el precio de venta del automóvil y lo que valga en el estado actual, así como al pago de los daños materiales y morales por el incumplimiento en el contrato, el Tribunal la decidió condenando al demandado a pagar la cantidad de $ 4.438.00 como diferencia entre el precio de venta del vehículo y aquél que fijaron los peritos como precio que tenía cuando lo recibió en 1955; y además, al pago de los perjuicios materiales, que se fijarán por el procedimieno del artículo 353 del Código Judicial y lo absolvió respecto de los daños morales.

El recurrente estima que la conclusión lógica a que debió llegar el sentenciador, después de que halló que el demandado había cumplido con la obligación de entregar el automóvil, era la absolución total y no a la condena que hizo. Pero esta sería una incongruencia entre la parte motiva y la resolutiva del fallo, que, como se ha visto, nó cobija la causal alegada.

Por lo mismo no prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO

Acusa el recurrente al fallo de violación directa, por interpretación errónea, de los artículos 754, 1.880, 1.882 y 1.546 del Código Civil y después de transcribir estas normas y algunos apar-

tes de la sentencia en que el Tribunal reconoce que el automóvil fue entregado por el vendedor al comprador y que las incidencias que le ocurrieron a éste tuvieron por causa la falta del manifiesto de aduana, pero con posterioridad a la entrega, sostiene que no habiendo el actor propuesto la acción de saneamiento "es forzoso entender que el Tribunal estimó que la entrega no había sido hecha legalmente, o sea que la tradición no se había efectuado, pero esa es una apreciación errónea del Tribunal, un error de derecho al interpretar los preceptos citados, que ni siquiera cita, pero que son los que hubo de tenerse en cuenta".

Agrega que "el Tribunal olvidó la aplicación de los artículos concordantes con los que se refieren a la tradición y entrega, que expresan que la cosa mueble perece para el dueño y que la pérdida o deterioro de la misma sólo corre a cargo de quien debe entregarla, cuando por hecho o culpa se ha constituído en mora" y hace una síntesis de lo que disponen los artículos 1.876, 1.543, 1.607, 1.731, y 1.739 del Código Civil.

Termina este cargo afirmando que "el vendedor del vehículo agotó todo lo que estaba a su alcance para "legalizar el traspaso" como se califica dicha tramitación por el demandante. Tales gestiones meramente administrativas no tienen por fin legalizar el contrato de compraventa, pues que la ley no exige tales requisitos. Pero el vendedor los realizó y, así el 22 de junio de 1953, día del contrato y la entrega del vehículo, suscribió todos los documentos del caso para que las autoridades administrativas los tuvieran en cuenta e hicieran el registro de la propiedad del automóvil".

SE CONSIDERA:

1. "Las obligaciones del vendedor —dice el artículo 1.880 del Código Civil— se reducen en general a dos: la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida. La tradición se sujetará a las reglas dadas en el título 6º del Libro 2º".

Distingue el legislador entre la venta como título traslaticio, en virtud del cual el vendedor contrae la obligación de transferir el dominio y el comprador el derecho de exigir la entrega del bien vendido y la tradición, como el modo conque se adquiere la propiedad. La tradición de los bienes muebles se efectúa por cualquiera de los medios indicados en el artículo 754 del Código Civil, entre los cuales está el permiso que concede el dueño a otra persona de aprehender materialmente una cosa presente. La de los bienes raíces sólo opera por la inscripción del título en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

El vendedor, al hacer entrega del objeto vendido al comprador, satisface así una de las dos principales obligaciones que le impone la ley, quedando pendiente la de saneamiento, que consiste en que el comprador pueda usar y gozar de la cosa sin trabas de ninguna índole y de acuerdo para el fin a que está destinada, según su naturaleza.

Pero como la compraventa es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo ,está sometido a las reglas generales que gobiernan esta clase de convenciones (1863), entre las cuales están las de que deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solamente a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación (1603) y la de que el deudor es responsable de la culpa leve, si las partes nada han estipulado sobre el particular. (1604).

2. Aplicando estos principios al caso presente se tiene que el vendedor del automóvil cumplió su obligación principal de entregarlo al comprador y el Tribunal así lo aceptó, por lo que hubo de negar las súplicas principales en que se pedía la resolución del contrato. Pero el sentenciador encontró que el comprador no pudo usar y gozar del vehículo, porque las autoridades administrativas lo decomisaron por falta del manifiesto de aduana, que es indispensable para tenerlo en calidad de dueño y poseedor.

Es claro que si el vendedor entrega ese documento en legal forma, no le hubieran ocurrido al comprador los contratiempos que le impidieron utilizar el automóvil de manera tranquila y para el uso a que por naturaleza estaba destinado y que, además, lo desmejoraron notablemente. Incurrió así el doctor Ortiz Ayala en culpa leve, llamada también **descuido leve, descuido ligero,** porque no puso de su parte la diligencia que ordinariamente se emplea en esta clase de negocios, en que el vendedor ha de garantizarle al comprador la posesión pacífica del bien vendido, entregándole los documentos que las autoridades administrativas exigen para que pueda circular libremente.

3. Esa culpa, de la cual no aparece eximido el vendedor de los términos del contrato, en manera alguna se opone a la buena fe con que obró el demandado Presbítero doctor Ortiz Ayala pero sí genera la obligación de indemnizarle al compra-

dor los perjuicios causados, que fue lo que encontró establecido el Tribunal, mediante el siguiente análisis:

"Pero si lo anterior le impide al demandante la prosperidad de la acción resolutoria por encontrarse que las exigencias del contrato de compraventa se hallan cumplidas a cabalidad, no sucede lo mismo con la solicitud subsidiaria que contiene la demanda y que propone el demandante para el caso de que el demandado insista en cumplir con el contrato según se expresa en la petición tercera.

"Es un hecho cierto y evidente que el automóvil materia del contrato fue incautado por las autoridades aduaneras y que ello se debió a la falta de manifiesto que ampara su importación al país con las formalidades legales.

"También es evidente que el vehículo sufrió deterioros que lo colocaron en condiciones de desmejoramiento que afectan notablemente su precio, no sólo por el desgaste a que fue sometido por las autoridades aduaneras sino también por la pérdida y roturas de las distintas piezas que lo componen, conforme aparece establecido del acta de inspección ocular que en forma extrajudicial y con citación del demandado fue practicada por el Juzgado Segundo Civil de este Circuito a raíz de la entrega que las autoridades aduaneras le hicieron del vehículo al doctor Gregorio Suárez. (C. P. número 22, fls. 40 a 45).

"Ello implica para el vendedor de la cosa cierta responsabilidad que se traduce en la obligación de reparar los perjuicios sufridos, pues, si bien es cierto que tanto el vendedor como el comprador fueron considerados como contratantes de buena fe, la falta de manifiesto aduanero exigido por las autoridades fue la causa para que ocurrieran todos los daños de que el proceso da cuenta y si para obtener la nueva tarjeta de propiedad en cabeza del doctor Suárez R. era necesario la presentación de dicho manifiesto, era de obligación para el vendedor hacerla a fin de que el nuevo propietario pudiera gozar y usar de la cosa sin limitaciones de ningún género".

Si bien el Tribunal no citó ninguna norma legal para deducir la responsabilidad a cargo del vendedor, ella tiene su apoyo claro en los artículos que arriba se mencionaron.

No incurrió así el sentenciador en violación de los artículos que el recurrente cita en este segundo cargo y por lo mismo no puede prosperar.

TERCER CARGO

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en errores de hecho "por falta de apreciación de las pruebas que acreditan la tradición del automóvil" por lo que violó indirectamente el artículo 1880 del Código Civil.

Además —dice— "si se entiende que el actor sí ejercitó la acción de saneamiento, el Tribunal incurrió en errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, quebrantando de modo indirecto el artículo 1880 del Código Civil".

Para demostrar que el vendedor cumplió con la obligación de entregar el automóvil al comprador, hace referencia a las siguientes pruebas: a) los memoriales suscritos por el presbítero Ortiz con fecha 22 de junio de 1953, en que comunica a las autoridades de tránsito y a la Seguridad la venta del vehículo; b) la propia demanda del actor, en que declara que llevó esos documentos a las autoridades a quienes estaban dirigidos; c) la matrícula que esa Oficina de Circulación hizo a favor del doctor Suárez, con fecha 17 de diciembre de 1953.

Sostiene que la inscripción a favor del comprador se verificó en atención al auto del Juez Distrital de Aduanas, de Cúcuta, de la orden de la Prefectura Nacional de Seguridad y de la sentencia del Tribunal Supremo de Aduanas, de fecha 3 de mayo de 1956.

Afirma que el Tribunal no tuvo en cuenta las certificaciones del Departamento de Servicios Públicos del Ministerio de Fomento, del de Transportes y Tarifas del mismo Ministerio y del Director de Transportes de Santander, según las cuales el automóvil era de propiedad del vendedor Ortiz, violando así el Tribunal los artículos 597 y 632 del C. J.

Dice que el Tribunal no tuvo en cuenta el certificado presentado por el comprador Suárez en que manifiesta que recibió el automóvil, las declaraciones de la demanda en que el actor acepta que el vendedor llevó los documentos a las autoridades de Tránsito para que se empadronara el automóvil a favor del doctor Suárez, así como las mismas providencias de las autoridades de aduana en que sostienen la buena fe del presbítero Ortiz al verificar la venta.

Por último, sostiene el recurrente que el comprador no fue privado en todo ni en parte del automóvil por sentencia y antes, por el contrario, las providencias que dictaron las autoridades de

aduana reconocieron la propiedad del vehículo a favor del comprador Suárez.

Se considera:

Al estudiar el cargo anterior quedó dicho que el Tribunal reconoció que se había verificado la entrega o tradición del automóvil por el vendedor al comprador y que por ello el fallo acusado negó las peticiones relacionadas con la resolución del contrato. De tal suerte que el sentenciador sí tuvo en cuenta las pruebas que acreditan el hecho de la entrega.

Por lo que hace al empadronamiento del automóvil a favor del doctor Suárez, también el Tribunal analizó las pruebas que lo establecen, cuando dijo:

"Aparece del informativo que al demandante Suárez, le fue expedida por la Oficina de Circulación y Tránsito de esta ciudad una tarjeta mediante la cual se le reconoce como propietario del vehículo, documento que le fue entregado por el demandado obtenida mediante algunas diligencias al respecto ante la citada oficina, quien la expide luego de cumplirse ciertas formalidades y ella en la práctica ha venido a constituír un título de propiedad por suponerse que este derecho ha sido comprobado en forma suficiente ante las autoridades del ramo encargadas del control de los vehículos destinados al tránsito (C. de P., número 341). No obstante esto, el Juzgado de Aduanas por auto de fecha siete de marzo de 1955 ordenó una nueva incautación del vehículo el que pasó a su poder para ordenar a la finalización del proceso la entrega definitiva, lo que se hizo en las circunstancias ya vistas. Es decir, que a pesar de ello el demandado (sic) fue privado del uso y goce del vehículo a consecuencia de la falta de manifiesto de aduanas que había sido considerado como necesario para la correcta negociación y que reclamaba la autoridad desde un principio para legalizar la transacción. La falta de este documento fue entonces el eje sobre el cual giró toda esta serie de circunstancias que dieron como resultado la desmejoración de la cosa y casi su total pérdida, hechos atribuibles a quien como propietario estaba obligado a presentar ante las autoridades que investigaban la posible presunción de contrabando a que se sometió la cosa materia del contrato y que sólo mediante una larga y penosa investigación se resolvió en forma favorable para las partes.

"Establecido entonces que el vehículo llegó al poder del doctor Suárez Rodríguez desmejorado y en pésimas condiciones de servicio y habiendo sido necesario de su parte hacer gastos que afectan su patrimonio económico, es natural que debe ser resarcido en ellos, por cuanto era obligación del vendedor entregar la cosa libre de todo vicio que pudiera entorpecer la posesión".

Se tiene así que el Tribunal lo que encontró demostrado fue una culpa del vendedor al no tomar las precauciones necesarias para que el automóvil vendido pudiera ser usado y gozado tranquilamente por el comprador, ya que no se cercioró de si el manifiesto de aduanas que presentaba amparaba el bien vendido y que por este descuido el comprador sufrió los perjuicios que el Tribunal encontró establecidos y a los cuales condenó al demandado.

De autos aparece probado que por la falta del manifiesto de aduanas el doctor Suárez se vio privado del automóvil desde el 27 de noviembre de 1953 hasta el 19 de diciembre del mismo año (cuaderno 2, folios 14 y 18) y desde el 19 de marzo de 1955 hasta el 24 de julio de 1956 (cuaderno 2, folios 55 y 78) y que cuando le fue entregado en esta última fecha el vehículo estaba muy deteriorado, no obstante haberlo entregado el comprador en magníficas condiciones, deterioro que se debió al uso y abuso de las autoridades de aduana mientras permaneció incautado en la aduana de Cúcuta, como lo reconoce el fallo del Tribunal Supremo (cuaderno 2, folio 10 vuelto).

Además, como el fallo resuelve un caso de responsabilidad por culpa contractual, reconociendo que al vendedor del vehículo le faltó la diligencia y cuidado necesarios que los hombres emplean ordinariamente en negocios de esta naturaleza, es éste un concepto estimativo del sentenciador que no cae bajo la censura de la casación, pues como lo ha dicho esta Sala "bien puede suceder que la Corte suponga que en un litigio dado habría hallado culpa donde el Tribunal no la encontró, o que donde éste la encuentra no la habría hallado ella, y sin embargo no podría romper por ese solo hecho el fallo del Tribunal, siendo así que para casar por violación de ley sustantiva, cuando a ella se llega por mala apreciación de pruebas, se necesita que haya en ésta error de derecho o error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, y este concepto de error no puede recaer sobre las inducciones o deducciones derivadas de la estimación sicológica". (Tomo LIII, 303).

No prospera el cargo.

DECISION:

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 veintisiete de junio de mil novecientos cincuenta y ocho proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el presente juicio ordinario del doctor Gregorio Suárez Rodríguez contra el Presbítero doctor Alfredo Ortiz Ayala.

Sin costas en este recurso, por no aparecer causadas.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada — Gustavo Salazar T.—Jorge Soto Soto, Secretario.

BIENES VACANTES Y MOSTRENCOS. — CARACTERISTICAS DE ESTOS ULTIMOS. — INMUEBLES POR DESTINACION.—RIELES Y ELEMENTOS COMPLEMENTARIOS DESTINADOS A LA CONSTRUCCION DE LINEAS FERREAS. — CARGA PROBATORIA. — AUTO PARA MEJOR PROVEER. — LA VACANCIA DE INMUEBLES. — INADMISIBILIDAD DE CARGOS SUBSIDIARIOS EN CASACION. — CONTRA FALLO TOTALMENTE ABSOLUTORIO NO PROCEDE LA CAUSAL 2ª DE CASACION

1.—En conformidad con el ordenamiento y la doctrina constante de la Corte es indispensable la reunión de todas las condiciones que caracterizan a los bienes mostrencos para que puedan prosperar las súplicas de la demanda, a saber:

"1ª—Que se trate de una cosa corporal, no de una incorporal, como un crédito;

"2ª — Que haya tenido dueño, porque de no, se trataría le una RES NULLIUS y no de un bien mostrenco;

"3ª—Que no se trate de una cosa VOLUNTARIAMENTE ABANDONADA por su dueño, porque en este caso la cosa no sería mostrenca sino DERELICTA (abandonada); y

"4ª—Que no tenga dueño CONOCIDO o APARENTE.

"En realidad las cosas mostrencas son las cosas PERDIDAS respecto de las cuales no ha habido en el dueño intención de abandonarlas, por lo cual aquél siempre conserva el derecho de recuperarlas, salvo cuando ya hayan sido enajenadas por el municipio.

"Con esta denominación de MOSTRENCOS se designaban en el antiguo derecho español los bienes perdidos que si no eran reclamados por sus dueños, para cuyo efecto debían ser mostrados y pregonados, se adjudicaban al inventor o primer ocupante y más tarde al Estado.

"Antecedentes de esta institución existen también en el derecho romano. En las Institutas de Justiniano y en el Digesto se encuentra claramente hecha la distinción entre RES DERELICTAE o cosas que el propietario abandona con ánimo de desprenderse de su dominio, y otras que siguen siendo de sus dueños porque está de manifiesto que las dejaron sin aquel ánimo, como las cosas que los navegantes arrojan al mar para aligerar la nave en una tempestad o como las que se caen de un coche que corre. Cuando no se sabía de quién era una cosa perdida, el que la encontraba estaba obligado a anunciar públicamente el hallazgo para que su dueño pudiera reclamarla. Solamente en el caso de que éste no se presentara podía aquél conservar la cosa en su poder sin ser acusado de hurto.

"En el derecho chileno estos bienes se designan con el calificativo de COSAS AL PARECER PERDIDAS. Este es el concepto de bienes mostrencos en nuestra legislación.

"Según la definición del artículo 706 de nuestro Código Civil, mostrencos son los bienes muebles sin dueño APARENTE o CONOCIDO, es decir que son especies muebles cuyo dueño no parece ni se sabe quién es; cosas que aparentemente fueron perdidas por su dueño. Este no las ha ABANDONADO para que las ocupe quien las encuentre, sino que las HA PERDIDO, y POR ESO LA INVESTIGACION JUDICIAL SE DIRIGE A DAR CON EL DUEÑO. Si éste no es hallado, se adjudica al municipio donde se encontraron, con participación para su inventor". (Cas. 25 de mayo de 1954, LXXVII, 2141, 594).

2.—Cuando el titular del dominio sobre bienes muebles se desprende intencionalmente de su derecho sin transferirlo a persona alguna determinada, no ha sido uniforme la doctrina para calificar el fenómeno resultante. Porque si en ello puede contemplarse una suerte de tradición a persona incierta (INCERTIS PERSONIS) con

justa causa en el abandono (PRO DERELICTO) aún para sustentar la usucapión, también es de verse para las cosas abandonadas una especie de postdominio que devolviera al objeto la calidad de RES NULLIUS susceptible de ocupación. Pero como para entender tradición sería preciso que concurriera la doble voluntad de enajenar y de adquirir, lo que dejaría en suspenso la existencia del modo traslaticio hasta cuando alguno tomara para sí el objeto abandonado, ha prevalecido desde los tiempos de Justiniano el criterio de que la renuncia del dueño deja al objeto en aptitud de ser adquirido por el modo originario de la ocupación.

3.—Claro es que los rieles y demás elementos con que las líneas férreas se tienden sobre el suelo, son por su naturaleza bienes muebles. Pero integrados sobre el terreno como carrilera pierden su individualidad propia y se transforman en función de finalidades económico jurídicas para venir a ser inmuebles por destinación, si el proceso se realiza de acuerdo con las normas (658 C. C.).

Es entonces necesario que la nueva entidad (carrilera) se desintegre o destruya por vías de derecho para que los inmuebles por destinación recobren su fisonomía inicial de bienes muebles, y para que puedan ser como tales perdidos o abandonados, en su caso, abstracción hecha del inmueble a que acceden. Lo impone así la dinámica jurídica al servicio del bienestar humano.

Lo cual pone de manifiesto que no es posible desglosar de inmuebles cuyo dueño es por necesidad conocido o aparente, a través del registro de la propiedad raíz, cuanto al dominio privado, o del dominio público si fuere baldío, para denunciar con el carácter de mostrencos aquellos bienes muebles que la industria humana en cualquier tiempo les incorpora. El ánimo de separarlos de la finca puede ser claro en la intención del denunciante, pero de ineficacia plena igualmente obvia ante el derecho.

Si los rieles, traviesas, tornillos, etc., poseen utilidad que les confiere valor en el mercado, es primera y principalmente porque en último término son adecuados a convertirse en carrilera, que acrecienta su mérito en beneficio directo de la explotación a que se destinan, y de manera mediata, pero no menos eficaz, en incremento de la riqueza pública. Sólo, entonces, quien con arreglo a la ley pueda variar la destinación de esos materiales, estará legitimado para destruir el factor productivo inmueble y devolver a sus elementos el carácter de bienes muebles que de otro no podrían recobrar normalmente.

El derecho de dominio lleva la nota de perpetuidad que evita su extinción por el no uso. Si no se utiliza el objeto o se abandona, es el estado posesorio durante el tiempo previsto por las normas el que aun sin título permite ganar los bienes que hasta entonces a otro pertenecieran.

4.—Obediente el juicio a las características de los bienes al parecer perdidos, no le basta al demandante decir que estos o aquellos son mostrencos o están vacantes para arrojar la carga de la prueba sobre el opositor. Menos todavía la de suficiencia de sus títulos, no exigida siquiera en la reivindicación donde sí se discute el dominio, que no en esta clase de procesos en que la sola presencia de la oposición coloca al actor en la necesidad de destruir hasta la mera apariencia de dominio en quien la ha formulado. Repugnaría por contraria a la tranquilidad social que la simple denuncia en tales casos exigiera del dueño la PRUEBA DIABOLICA o algo smejante para no verse despojado.

Es así como los antecedentes de la institución demuestran que el procedimiento en materia de bienes vacantes o mostrencos es más bien inquisitivo que dispositivo y que el papel del juzgador no es por lo mismo enteramente neutral. Ante todo se trata de que por la justicia sea descubierto el dueño y sólo cuando la pesquisa esté fallida, cabe en último término adjudicar los bienes al municipio donde se hallaron y a quien los denunciara.

En consecuencia, si como regla aplicable a todos los juicios el fallador de segundo grado puede dictar auto para mejor proveer con el preciso objeto de aclarar puntos oscuros o dudosos (600 C. J.), la atribución sube de punto y la discrecionalidad del sentenciador se acentúa por la natura-

leza misma de las cosas cuando se le ha pedido la declaración de estar vacantes o ser mostrencos determinados bienes.

5. — Si nadie sin responsabilidad penal puede apropiarse por sí y ante sí las cosas ajenas extraviadas (418 C. P.), puesto que el precepto consiste en poner a disposición del dueño la cosa hallada que por su naturaleza, señales o vestigios manifieste o indique haber estado en dominio anterior, y sólo cuando el propietario no fuere conocido o parezca "se reputará provisionalmente estar vacante o ser mostrenca la cosa" (704 C. C.), esta declaración se hace imposible para los inmuebles porque el registro de la propiedad raíz da siempre conocimiento del dueño si es del dominio de los particulares, que de no, pertenecería al Estado como propietario conocido de las tierras baldías.

6.—Según reiterada doctrina de la Corte no son de recibo en casación los cargos propuestos en forma subsidiaria.

7.—Cuando el fallo deniega todas las súplicas del actor, carece en absoluto de base la tacha de incongruencia entre lo pedido y la resolución jurisdiccional, puesto que así quedan contemplados todos los extremos del litigio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, quince (15) de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

En demanda de 9 de julio de 1956 Jorge Moreno Ortiz solicitó del Juez del Circuito de Turbo la declaración de ser bienes mostrencos, adjudicables por mitad al Municipio y al actor:

"Una carrilera, por la cual se ha construído un camino público por los colonos situados en esa región, cuya dirección es del punto o lugar llamado Barro Colorado, a orilla de la carretera que une a esta localidad con Medellín, hacia el sitio denominado Puerto César, en la costa de este golfo de Urabá, carrilera que tiene, en su actual estado de integridad, unos quince (15) kilómetros, ya que se le han retirado por las gentes, próximamente dos kilómetros de ella; en el extremo de Barro Colorado y un medio kilómetro, en el extremo opuesto de Puerto César, y carrilera a la que incluyo, también, dos ramales de la misma, que se dirigen a los sitios nombrados **El Hotel** y **Guadualito** y cuya longitud es, de cada uno, de unos cinco kilómetros.

"Dicha carrilera está construída de rieles del llamado tipo **industrial,** que tienen una longitud de ocho metros; tres y media (3½) pulgadas de alto; un ancho, en su base, de dos pulgadas y tres cuartos de pulgada (2¾); y en su parte superior o vena, de una y media pulgadas (1½), con un peso aproximado de seis (6) arrobas. Las traviesas son metálicas, de forma convexa, vinculadas, al enrielado, por tornillos, de un largo cada una, de un metro con treinta y dos pulgadas; y de seis pulgadas y tres cuartos de pulgada en su base o parte más ancha, y, tres pulgadas, en su lomo o parte superior".

Afirma el denunciante que en el año de 1912 una compañía extranjera denominada el **Consorcio Albingia** construyó la carrilera y sus ramales para la explotación de una bananera que instalaba en Puerto César, Municipio de Turbo. Pero que al sobrevenir la guerra europea de 1914, "la aludida compañía hizo dejación completa de tales instalaciones y bienes que quedaron en total abandono hasta el presente". Y el relato continúa en el sentido de que en tales circunstancias algunas gentes de la región sustrajeron de las instalaciones que allí existían, tanques metálicos, láminas de zinc y los rieles "de las porciones donde más fácil les fue sustraerlos, o sea en los dos extremos atrás anotados, y el resto de esos bienes, v. gr., la carrilera vino cubierta por la vegetación exhuberante del lugar, por las avenidas de los caños o ríos, al punto que hay árboles de gran envergadura sobre partes de ella". Y como afirma además que sobre la carrilera ninguna persona ha asumido posesión o tenencia o que haya tomado el carácter de detentador, deduce que se encuentra "en las condiciones legales de un bien mueble, sin dueño aparente o conocido, es decir, en las circunstancias del llamado **bien mostrenco**".

El Personero Municipal de Turbo, una vez que la demanda se le notificara, dijo asumir coadyuvancia, pero sin compromiso ninguno "de comprobar los hechos básicos, labor que como es obvio dejo a cargo del demandante y bajo su exclusiva responsabilidad", se lee en el correspondiente escrito.

Aunque algunas oposiciones fueron hechas el Juez no las consideró legalmente aceptables al cerrar la primera instancia en fallo del 2 de di-

ciembre de 1957 con declaración de ser **vacante** la carrilera objeto de la demanda y con adjudicación de ese bien por mitad al Municipio de Turbo y al denunciante Moreno Ortiz.

El recurso de apelación interpuesto en nombre de **Haciendas Puerto César Ltda.** fue concedido, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 11 de junio de 1958, después de cumplimiento de auto para mejor proveer, decidió así:

"Declárase que no hay lugar a hacer las declaraciones impetradas por el demandante en su libelo de demanda.

"Las costas del recurso y a las que se condena en favor del opositor Luis H. Coulson en el carácter con el cual obra se tasarán en proveído especial".

Es ahora la oportunidad de resolver el recurso de casación interpuesto por el actor.

La sentencia acusada

Para rectificar la motivación del fallador de primer grado que estimó inmueble por adherencia la carrilera que como bien mueble se denunciara, sin que ello fuera óbice al pronunciamiento de vacancia, expresa el Tribunal:

"El artículo 658 del Código Civil reputa inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, 'las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento", y entre los muchos ejemplos de esta clase de inmuebles se citan: 'Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles, y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste'.

"En el caso de autos, pues y como se trata de una carrilera construída como instalación al decir del demandante por la sociedad denominada **Consorcio Albingia** no es cuestión de interpretación caprichosa, sino que fácilmente y de acuerdo con el canon legal citado debe catalogarse en los bienes que para su cultivo o uso de éste, caso en el cual y como adicional o accesorio del inmueble por naturaleza (artículo 656 ibidem), le sigue en todas las circunstancias o situaciones jurídicas; porque si en tratándose de una tradición del inmueble a que se adhiere el que lo es por adherencia o destinación, no se hace excepción alguna sobre éste, necesariamente entra a formar la unidad integral en el negocio de transferencia, pues su separación sólo es legal, al tenor del artículo 659 del Código citado, para los efectos de constituír un derecho en favor de un tercero". Trascribe una doctrina de la Corte y añade:

"Los inmuebles por destinación como ya se expresó son inseparables del inmueble al cual adhieren y pertenecen al propietario del predio que hizo la destinación en forma permanente, para uso o cultivo del mismo".

En este orden de ideas y por cuanto considera que el abandono de la finca alegado por el actor "sólo sería una simple inactividad transitoria de falta de ejercicio de actos de aprovechamiento económico de dominio" no contemplada por el artículo 706 del Código Civil al definir los bienes vacantes y los mostrencos, el sentenciador encuentra que a pesar de las abundantes pruebas allegadas por el denunciante no pueden recibirse como capaces de acreditar que la finca **La Patria** carece de dueño.

Después de aludir a que los testimonios aportados demuestran la falta de explotación económica del inmueble donde se halla el enrielado, agrega el fallo:

"Sobre esta ausencia de explotación de la tierra y carrilera en la forma como declaran los testigos, nada tiene que agregar el Tribunal; y ello no obstante, no acredita la falta de dueño conocido como lo exige el artículo 706 del Código Civil, pues si el mismo demandante aporta, a título ilustrativo como él lo afirma, copia informal de tradiciones de derechos sobre la finca **La Patria** y de otra parte aporta la certificación del Banco de la República en donde se deja constancia de haber dicha institución por ordenamiento legal adquirido la administración de esa propiedad: haberlo transferido, en parte, juntamente con el hierro o carrilera objeto de la declaración de este proceso, entonces no puede hablarse de acreditación del carácter de bien mostrenco o vacante como lo entendió el **a quo** faltando como en efecto falta este requisito de inexistencia de dueño o poseedor conocido.

'Al aportar los títulos que pudieran acreditar dominio, el demandante procede en ello criticando la forma como estas tradiciones de derecho sobre parte de la finca se han venido ejecutando, esto es sin tener en cuenta alguna el enrielado ni respondiendo del saneamiento, lo que no es razón para considerar en forma separada dicha carrilera que fatalmente es integrante del inmueble en su totalidad y sigue el mismo curso jurídico de éste al que accede".

Se refiere en seguida a varias pruebas, como a

las copias tomadas del juicio ordinario de **Haciendas Puerto César, Ltda.** contra Rubén Gil González y otros, a la escritura número 1027 de 16 de septiembre de 1954, Notaría 2ª de Cartagena, por la que Salomón D. Ambrad remonta los títulos hasta la Resolución Ministerial de adjudicación del 14 de julio de 1912 y vende a **Coulson y Cía. Ltda.** el 15% del dominio sobre las fincas **La Patria, Barrocolorado** y **Tío Gil**; a la número 2432 de 18 de mayo de 1955, Notaría 2ª de Bogotá, en que el Fondo de Estabilización facultado por la Ley 39 de 1945 transfirió a la misma **Coulson y Cía. Ltda.** y **Agropecuaria Moral Ltda.** el 55% sobre la totalidad de los inemuebles denominados **La Patria** y **Barrocolorado**, y pasa el Tribunal a deducir que:

"En esta situación.... en los autos resalta la existencia de un poseedor inscrito bien sea él en forma regular e irregular, pues al recibir la propiedad en la proporción aludida tanto en los terrenos como en la carrilera materia del juicio, está indicando claramente que ante la presencia de poseedor inscrito conocido se hace imposible la declaratoria de bien vacante como en efecto sí la decretó el fallador sobre un inmueble por adherencia que hace parte integrante del fundo que lo es por naturaleza. Y si el registro tiene por objeto la publicidad misma de la tradición entonces no puede hablarse de dueño o poseedor desconocido".

EL RECURSO

En referencia a las causales sexta, primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial se acusa la sentencia por motivos que pasan al estudio.

CAUSAL SEXTA

Se invoca la nulidad contemplada por el ordinal 1º, artículo 448 del citado Código, y el recurrente la hace consistir "en la incompetencia de jurisdicción por parte de dicho Tribunal por haber tramitado y decidido en la segunda instancia el ameritado juicio en forma distinta a la indicada en la ley procesal, violando así los artículos 755 a 763 del Código de Procedimiento Civil y 142, 143, 150 y 151, a mi entender —dice— de carácter sustantivo del mismo Código, y 22, también de esta misma índole, de la Constitución Nacional".

Considera que por virtud de las oposiciones el juicio especial sobre bienes mostrencos se trocó en ordinario conforme al desarrollo de la primera instancia, a pesar de lo cual el sentenciador de la segunda no le dio el trámite respectivo.

SE CONSIDERA:

1.—Son de naturaleza estricta así el recurso extraordinario como el régimen de las nulidades, por lo cual se encuentra vedada su aplicación analógica. Está bien claro en el proceso y también por fuera del debate que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en razón del lugar, de las personas y de la sujeta materia del litigio, poseía competencia plena para pronunciar el fallo de segundo grado. Tanto que aun en la hipótesis de nulidad declarada por la Corte, sería el caso de definir la situación en que hubiese de quedar el proceso y devolverlo al mismo Tribunal por causa de su competencia para el conocimiento. Ello porque no toda informalidad de rito produce invalidez de la actuación.

De donde es nítido que si hubo errores de trámite no son precisamente inductivos de incompetencia de jurisdicción, ni podrían tampoco hacer tránsito a nulidad, a menos que penetraran al recinto estrecho de los otros motivos que el artículo 448 del Código Judicial taxativamente enumera: ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes o de quien figure como su apoderado o representante; y falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio. Pero nada al respecto es objeto de la acusación.

2.—Está a la vista, además, que ambas partes dejaron oír su voz ante el sentenciador, pero ninguno pidió la apertura a pruebas, quizás por las restricciones que para la segunda instancia ha introducido el Decreto Legislativo 243 de 1951. Fue el Tribunal quien para mejor proveer ordenó la incorporación al juicio de varios documentos. Y si el fallo fue dictado con audiencia de las partes, no puede hallarse base plausible para que el recurso de casación prosperara por irregularidades que, si hubiera sido necesario, debieron subsanarse en la instancia.

CAUSAL PRIMERA

Se la invoca por aplicación indebida de los artículos 656, 658, 669, 673, 713, 762, 789, 1849, 2079 del Código Civil, 463 y 493 del Código de Comercio "en relación estos dos últimos con el 11 de la Ley 124 de 1937, disposiciones todas estas sustantivas,

y por haber dejado de aplicar, también como consecuencia de errores de hecho y de derecho, "los artículos 593, 597 del Código de Procedimiento Civil, lo que lo llevó a quebrantar lo dispuesto por las disposiciones legales sustantivas, artículos 706 y 701 del Código Civil y 82 de la Ley 153 de 1887", dice el recurrente.

Hace consistir el error de derecho en la aceptación como pruebas de las escrituras venidas al proceso en cumplimiento del auto para mejor proveer dictado por el Tribunal "en forma inexplicable y excediéndose de las facultades que la ley le otorga" en el artículo 600 del Código Judicial: y secundariamente por conceder a un certificado del Fondo de Estabilización alcance y valor que no le corresponde.

Desarrolla la crítica en el sentido de que conforme a los principios en que se funda la ley procesal, el juez reviste apenas el papel de espectador del debate entre las partes, por lo que el auto para mejor proveer sólo tiene por objeto aclarar los puntos que se consideren oscuros o dudosos; y cuanto al certificado del Fondo de Estabilización, estima que no acredita el dominio a favor de la Nación y menos cuando no consta el registro de la Resolución a que tal certificado alude.

Agrega que de los títulos aportados no puede desprenderse derecho de dominio ni posesión inscrita, porque carecen del certificado que abonara suficiencia para su validez actual radicada en la sociedad **Haciendas Puerto César, Ltda.**

Configura el error manifiesto de hecho con la alegación de que así lo padeció el sentenciador al admitir la existencia de un establecimiento industrial del que hacía parte la carrilera denunciada.

"Es conveniente —dice— aunque superabunde, que el denuncio de esa carrilera fue bajo el ánimo de retirar el enrielado y no se extendió sobre el inmueble en sí".

Manifiesta que como el establecimiento industrial desapareció hace más de cuarenta años, era inaplicable el artículo 658 del Código Civil, sobre inmuebles por destinación. Y al insistir en el error de hecho manifiesto, dice que es "consistente en no ver acreditado de las probanzas que presentó el suscrito los elemetnos de abandono y carencia de dueño aparente o conocido que la ley exige para aceptar el carácter de mostrenco respecto de bienes muebles en esas condiciones, limitándose a ver sólo prueba de una inactividad, "en lo que el recurrente halla contradicción".

SE CONSIDERA:

1.—En conformidad con el ordenaminento y la doctrina constante de la Corte es indispensable la reunión de todas las condiciones que caracterizan a los bienes mostrencos para que puedan prosperar las súplicas de la demanda, a saber:

"1ª—Que se trate de una cosa corporal, no de una incorporal, como un crédito;

"2ª—Que haya tenido dueño, porque de no, se trataría de una **res nullius** y no de un bien mostrenco;

"3ª — Que no se trate de una cosa **voluntariamente abandonada** por su dueño, porque en este caso la cosa no sería mostrenca sino **derelicta** (abandonada); y

"4ª—Que no tenga dueño **conocido** o **aparente.**

"En realidad las cosas mostrencas son las cosas **perdidas** respecto de las cuales no ha habido en el dueño intención de abandonarlas, por lo cual aquél siempre conserva el derecho de recuperarlas, salvo cuando ya hayan sido enajenadas por el municipio.

"Con esta denominación de **mostrencos** se designaban en el antiguo derecho español los bienes perdidos que si no eran reclamados por sus dueños, para cuyo efecto debían ser mostrados y pregonados, se adjudicaban al inventor o primer ocupante y más tarde al Estado.

"Antecedentes de esta institución existen también en el derecho romano. En las Institutas de Justiniano y en el Digesto se encuentra claramente hecha la distinción entre **res derelictae** o cosas que el propietario abandona con ánimo de desprenderse de su dominio, y otras que siguen siendo de sus dueños porque está de manifiesto que las dejaron sin aquel ánimo, como las cosas que los navegantes arrojan al mar para aligerar la nave en una tempestad o como las que se caen de un coche que corre. Cuando no se sabía de quién era una cosa perdida, el que la encontraba estaba obligado a enunciar públicamente el hallazgo para que su dueño pudiera reclamarla. Solamente en el caso de que éste no se presentara podía aquél conservar la cosa en su poder sin ser acusado de hurto.

"En el derecho chileno estos bienes se designan con el calificativo de **cosas al parecer perdidas.** Este es el concepto de bienes mostrencos en nuestra legislación.

"Según la definición del artículo 706 de nuestro Código Civil, mostrencos son los bienes muebles sin dueño **aparente** o **conocido,** es decir que son especies muebles cuyo dueño no parece ni se

sabe quién es; cosas que aparentemente fueron perdidas por su dueño. Este no las **ha abandonado** para que las ocupe quien las encuentre, sino que las **ha perdido, y por eso la investigación judicial se dirige a dar con el dueño.** Si éste no es hallado, se adjudican al municipio donde se encontraron, con participación para su inventor". (Cas. 25 de mayo 1954. LXXVII, 2141—594).

2.—Cuando el titular del dominio sobre bienes muebles se desprende intencionalmente de su derecho sin transferirlo a persona alguna determinada, no ha sido uniforme la doctrina para calificar el fenómeno resultante. Porque si en ello puede contemplarse una suerte de tradición a persona incierta (**incertis personis**) con justa causa en el abandono (**pro derelicto**) aún para sustentar la usucapión, también es de verse para las cosas abandonadas una especie de postdominio que devolviera al objeto la calidad de **res nullius** susceptible de ocupación. Pero como para entender tradición sería preciso que concurriera la doble voluntad de enajenar y de adquirir lo que dejaría en suspenso la existencia del modo traslaticio hasta cuando alguno tomara para sí el objeto abandonado, ha prevalecido desde los tiempos de Justiniano el criterio de que la renuncia del dueño deja al objeto en aptitud de ser adquirido por el modo originario de la ocupación.

3.—Claro es que los rieles y demás elementos con que las líneas férreas se tienden sobre el suelo, son por su naturaleza bienes muebles. Pero integrados sobre el terreno como carrilera pierden su individualidad propia y se transforman en función de finalidades económico jurídicas para venir a ser inmuebles por destinación, si el proceso se realiza de acuerdo con las normas. (658 C. C.).

Es entonces necesario que la nueva entidad (carrilera) se desintegre o destruya por vías de derecho para que los inmuebles por destinación recobren su fisonomía inicial de bienes muebles, y para que puedan ser como tales perdidos o abandonados, en su caso, abstracción hecha del inmueble a que acceden. Lo impone así la dinámica jurídica al servicio del bienestar humano.

Lo cual pone de manifiesto que no es posible desglosar de inmuebles cuyo dueño es por necesidad conocido o aparente a través del registro de la propiedad raíz, cuanto al dominio privado, o del dominio público si fuere baldío, para denunciar con el carácter de mostrencos aquellos bienes muebles que la industria humana en cualquier tiempo les incorpore. El ánimo de separarlos de la finca puede ser claro en la intención del denunciante, pero de ineficacia plena igualmente obvia ante el derecho.

4.—Si los rieles, traviesas, tornillos, etc., poseen utilidad que les confiere valor en el mercado, es primera y principalmente porque en último término son adecuados a convertirse en carrilera, que acrecienta su mérito en beneficio directo de la explotación a que se destinan, y de manera mediata, pero no menos eficaz, en incremento de la riqueza pública. Sólo, entonces, quien con arreglo a la ley pueda variar la destinación de esos materiales, estará legitimado para destruír el factor productivo inmueble y devolver a sus elementos el carácter de bienes muebles que de otro modo no podrían recobrar normalmente.

5.—El derecho de dominio lleva la nota de perpetuidad que evita su extinción por el no uso. Si no se utiliza el objeto o se abandona, es el estado posesorio durante el tiempo previsto por las normas el que aún sin título permite ganar los bienes que hasta entonces a otro pertenecieran. Si como lo pregona el libelo inicial la finca de **La Patria**, donde la carrilera existe, fue abandonada por su primer adjudicatario como baldío, el **Consorcio Albingia**, junto con las plantaciones de banano a que servía, no hay duda de que el inmueble así estructurado pudo ser objeto de posesión por terceras personas, pero no ha sido ni es susceptible de desintegración jurídica para darle a los materiales de la vía férrea el significado de bienes mostrencos, tanto más cuanto que si esa desintegración fuese de recibo, resultaría en ese evento no la característica de bienes perdidos por el dueño, sino simplemente de bienes abandonados, que nunca pueden recibir el tratamiento de mostrencos por las razones que vienen señaladas.

6.—Obediente el juicio a las características de los bienes al parecer perdidos, no le basta al demandante decir que estos o aquellos son mostrencos o están vacantes para arrojar la carga de la prueba sobre el opositor. Menos todavía la de suficiencia de sus títulos, no exigida siquiera en la reivindicación donde sí se discute el dominio, que no en esta clase de procesos en que la sola presencia de la oposición coloca al actor en la necesidad de destruír hasta la mera apariencia de dominio en quien la ha formulado. Repugnaría por contraria a la tranquilidad social que la simple denuncia en tales casos exigiera el dueño la **prueba diabólica** o algo semejante para no verse despojado.

Es así como los antecedentes de la institución

demuestran que el procedimiento en materia de bienes vacantes o mostrencos es más bien inquisitivo que dispositivo y que el papel del juzgador no es por lo mismo enteramente neutral. Ante todo se trata de que por la justicia sea descubierto el dueño y sólo cuando la pesquisa esté fallida, cabe en último término adjudicar los bienes al municipio donde se hallaron y a quien los denunciara.

En consecuencia, si como regla aplicable a todos los juicios el fallador de segundo grado puede dictar auto para mejor proveer con el preciso objeto de aclarar puntos oscuros o dudosos (600 C. J.), la atribución sube de punto y la discrecionalidad del sentenciador se acentúa por la naturaleza misma de las cosas cuando se le ha pedido la declaración de estar vacantes o ser mostrencos determinados bienes.

7. — Si nadie sin responsabilidad penal puede apropiarse por sí y ante sí las cosas ajenas extraviadas (418 C. P.), puesto que el precepto consiste en poner a disposición del dueño la cosa hallada que por su naturaleza, señales o vestigios manifieste o indique haber estado en dominio anterior, y sólo cuando el propietario no fuere conocido o parezca "se reputará provisionalmente estar vacante o ser mostrenca la cosa" (704 C. C.), esta declaración se hace imposible para los inmuebles porque el registro de la propiedad raíz da siempre conocimiento del dueño si es del dominio de los particulares, que de no, pertenecería al Estado como propietario conocido de las tierras baldías.

Y si, pues, por adherencia y destinación manifiesta de bienes convertidos en inmuebles se presenta señal inequívoca de dominio anterior en la finca de La Patria, no hay lugar a vacancia por no ser demandada y porque el dueño parece a través del registro, para la cosa misma y sus accesorios que no son susceptibles de separación a fin de negarle el dominio y declararlos mostrencos a la vista del propietario.

CAUSAL SEGUNDA

Está invocada para el evento de que los otros motivos no se encuentren fundados, y en resumen la censura consiste en que la demanda inicial debió prosperar al menos en parte, por referirse la oposición nada más que a una cuota en el dominio del inmueble donde la carrilera fue tendida.

SE CONSIDERA:

Aparte de que según doctrina reiterada de la Corte no son de recibo en casación los cargos propuestos en forma subsidiaria, es indiscutible que cuando el fallo deniega todas las súplicas del actor, carece en absoluto de base la tacha de incongruencia entre lo pedido y la resolución jurisdiccional, puesto que así quedan contemplados todos los extremos del litigio.

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 11 de junio de 1958 proferida en el presente asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

No aparecen costas causadas en casación.

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

José Hernández Arbeláez — Hernando Morales M.—Ignacio Escallón'— Enrique Coral Velasco.— Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

COMO EL COMUNERO NO PUEDE REIVINDICAR PARA SI SINO LA CUOTA DE QUE NO ESTA EN POSESION, TRATANDOSE DEL BIEN COMUN LA ACCION DEBE EJERCITARLA PARA LA COMUNIDAD. — EN QUE CONSISTE. — TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION. — CAUSAL 1ª. — EN QUE CONSISTE. — LA APRECIACION QUE CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRITICA HACE EL JUZGADOR DEL VALOR PROBATORIO DE UN DICTAMEN JUDICIAL, ES INTOCABLE EN CASACION

1.—El recurso extraordinario de casación, que tiene como finalidad primordial unificar la jurisprudencia nacional, está sometido a normas precisas a las que deben someterse tanto las partes como la Corte.

Por lo que hace a la demanda de casación, que es la pieza fundamental del recurso, además de contener un resumen de los hechos de la controversia, debe expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando los textos legales que el recurrente estima infringidos (artículo 531 del C. J.).

2. — Cuando se acusa un fallo por violación directa de la ley sustancial se parte de la base de que quien hace la acusación acepta los hechos tal como los consideró el Tribunal; sólo que al aplicar la ley le dio un alcance que no tiene, o dejó de aplicar otra que contempla el hecho previsto, o correctamente interpretada se le hizo regular un caso no previsto. Pero de ninguna manera se discute la apreciación probatoria que hizo el sentenciador para concluír con los hechos a los cuales les aplicó las disposiciones legales que se consideran violadas por el recurrente.

3.—No siendo el actor dueño de todo el predio sino de una parte indivisa, su acción no es la consagrada en el artículo 946 del C. Civil sino la establecida en el 949 de la misma obra, ya que el comunero no puede reivindicar para sí sino la cuota de que no está en posesión, y al hacerlo debe determinarla y singularizar el bien sobre el cual está radicado.

Como es bien sabido, el comunero posee el bien común en su nombre y también en el de los condueños y por lo mismo la acción de dominio que le corresponde debe ejercitarla para la comunidad.'

4.—La fuerza probatoria del dictamen pericial se aprecia por el Juez "conforme a las reglas de la sana crítica" (artículo 723 del C. J.) y esa apreciación debe ser respetada por la casación.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar T.)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por sentencia de ocho de abril de mil novecientos cincuenta, y ocho confirmó la de primer grado dictada por el Juzgado Sexto Civil de este Circuito, dentro del juicio ordinario de Ramón Pinzón Robayo contra Verónica Alonso viuda de Pulido. Interpuso recurso de casación la parte actora, el que concedido y tramitado se procede a estudiar y resolver, previo estos

ANTECEDENTES

Ramón Pinzón R. pidió que por sentencia se le declare dueño único y poseedor inscrito de un globo de terreno situado en la calle 65 de la ciudad de Bogotá, urbanización La Paz, compuesto de dos lotes de terreno contiguos, determinados por linderos que relaciona, junto con la casa que allí se levanta; y que se condene a Verónica Alonso viudad de Pulido a restituírle tal inmueble, junto con los frutos producidos desde que lo tiene en su poder y hasta cuando haga la entrega.

Como hechos sustentadores de las anteriores súplicas adujo los de que era dueño de los dos lotes por haberlos comprado a Vicente Pulido y a José A. Delgado, lo mismo que la casa, según las escrituras números 5072 de 14 de diciembre de

1943 y 909 de 29 de febrero de 1944, ambas de la Notaría Cuarta de Bogotá, debidamente inscritas en la Oficina de Registro de este Circuito; y que la demandada es la poseedora material de esos mismos bienes, desde la fecha de las escrituras mencionadas, sin que tenga título alguno y habiéndose negado a la entrega, no obstante los varios requerimientos privados que le ha hecho su dueño Pinzón R.

En derecho se fundó en los artículos 946, 961 y 971 del Código Civil.

Notificada Verónica Alonso del auto admisorio de la demanda y corrido el traslado correspondiente, no la contestó y dentro del juicio no hizo gestión alguna en su defensa, a excepción de dos muy cortos alegatos de bien probado.

Finalizó la primera instancia con sentencia de 22 de marzo de 1957 negando todas las súplicas de la demanda y con costas a cargo del actor.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Llevado el juicio al Tribunal, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte vencida, confirmó en todas sus partes la sentencia de primer grado y condenó en costas al apelante.

Dijo así el sentenciador, después de recordar los factores que configuran la acción de dominio:

"La primera —cosa singular o cuota determinada de cosa singular— falla por de contado, ya que la demanda se refiere a dos lotes de terreno, el primero adquirido por el actor según la escritura número 5072 por compra a Vicente Pulido, siendo así que este señor sólo le vendió la **mitad** del lote y la **mitad** de la edificación marcada con los números 33-51, 33-55 y 33-57. De modo que sin esfuerzo mayor se colige que Pinzón es, al menos, copropietario en proindiviso de ese lote así determinado en la nomenclatura y en sus linderos generales. No obstante aparece en la demanda reivindicándolo todo. Lo propio cabe decir respecto de la edificación allí establecida, de cuya mitad tan sólo es dueño.

"La segunda condición —derecho de dominio en el actor— aparece demostrada con las escrituras de que se hizo mérito, pero con la advertencia de que no lo tiene sobre la totalidad de los dos lotes de terreno y las edificaciones del primero de ellos, ya que en cuanto a lo comprado a Vicente Pulido por la escritura número 5072, no se refiere al total, o sea a un cuerpo cierto, sino a la MITAD del terreno y a la MITAD de lo edificado, que quedaron en indivisión por esa causa con el vendedor.

"La tercera —posesión material del demandado—. Puede admitirse que la demandada vive en una pieza interior del inmueble, ya que así se constató en la diligencia de inspección ocular y que algunos testigos lo afirman, a pesar de no haber sido hallada dicha señora allí. Pero, ¿a qué título y por qué vive ahí? No lo dice nadie, salvo una alusión que un testigo hace cuando refiere que esta señora se dice ser dueña. Ya se vió que la edificación que se halla dentro del referido lote tiene al menos dos dueños: Uno, el demandante, de la mitad, y no se estableció cuál, de suerte que hay que suponer que está en proindiviso con otro u otros.

"Esa señora Alonso v. de Pulido es arrendataria o tenedora a otro título precario, condueña, usufructuaria, etc.? No se sabe, ni se intentó siquiera demostrarlo. ¿Por qué vive ahí? Tampoco se estableció, siendo de forzosa lógica deducir que la ampara la presunción de posesión al tenor del artículo 762 del C. C. y mientras no se demuestre otra cosa. Pero sin que esa posesión le haya sido arrebatada al actor, como éste afirma, sin haberlo demostrado, ya que siendo la casa una comunidad en la cual solamente tiene éste la mitad, no es posible, por no haberse probado, que se tenga a esa señora como detentadora de la posesión de aquél. Y porque de ninguna manera pudo establecerse de las pruebas, que la demandada ha arrebatado dicha posesión al señor Pinzón, ni en parte, ni menos aún en la totalidad del inmueble que dice ser suyo.

"Al contrario, los testigos acordes en circunstancias de tiempo, modo y lugar, relatan hechos que pueden calificarse como actos ejecutores de la posesión del dueño, cuando dicen que Pinzón paga agua y luz, reparaciones locativas, daños al inmueble, recibe los arrendamientos y da en arrendamiento piezas o habitaciones de la casa, etc. Todo esto implica el ejercicio de la posesión material. Y ninguno habla de los mismos, o similares actos, ejecutados allí por la demandada, excepción de vivir en una pieza interior y decirse dueña, sin que los testigos sepan por qué razón vive y dice eso.

"Si el derecho a esta acción de dominio lo tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea obligado a restituírla, y si esta acción se dirige contra el actual poseedor, conforme a los artículos 946 y 952 del C. C., hay que concluír que no se

ha demostrado por el actor ni el dominio sobre todo el inmueble que señaló en los puntos Primero y Segundo petitorios del libelo, ya que sólo es parcialmente dueño en lo tocante a uno de los lotes y a la edificación; ni tampoco acreditó haber perdido la posesión por actos o hechos imputables a la demandada y en favor de ésta. Se repite: hasta el momento de las pruebas, los testigos citados para demostrar principalmente la pérdida de la posesión, han relacionado hechos y dado informes que permiten concluír que es el demandante quien posee materialmente ese inmueble".

EL RECURSO

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandante, que sustentó ante la Corte en demanda que se resiente de graves fallas de carácter técnico, como se verá por el siguiente resumen que de ellas se hace:

Primer cargo.—Dice el recurrente que acusa la sentencia del Tribunal por haber violado directamente los artículos 669, 673, 946, 947, 948, 949, 950 y 952 del Código Civil y después de transcribir el primero de ellos, que define el derecho de dominio, y el 36 de la Constitución Nacional, sostiene que la propiedad de un inmueble se acredita mediante la correspondiente escritura pública complementada con el certificado del Registrador.

Luego afirma: "El demandante señor Ramón Pinzón es el propietario del inmueble materia de la reivindicación, tal como se demuestra en los autos con los títulos de propiedad, es decir, con las copias debidamente registradas de las escrituras números 5072, de 14 de de diciembre de 1943 y 909 de 29 de febrero de 1944, otorgadas en la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá, con las respectivas certificaciones del Registrador de Instrumentos Públicos.

"Sin embargo, en la sentencia acusada no se reconoce el derecho de propiedad del señor Ramón Pinzón respecto del inmueble materia de la demanda y se le desampara de su ejercicio, pues mediante el fallo del propietario ni puede usar, ni disfrutar, ni disponer de su derecho en la forma amplia y plena que lo consagra la ley sustantiva'"

Segundo cargo.—En este afirma que el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 762, 765, 764, 770, 775, 779, 952 y 953 del Código Civil, y después de transcribir el párrafo del fallo acusado en que admite que la demandada ocupa una pieza interior pero sin saberse a qué título, por lo que la ampara la presunción de dominio que consagra el artículo 762 del Código Civil, dice el recurrente:

"En la demanda se afirma que Verónica Alonso es poseedora material del inmueble. En los autos se estableció este hecho, con declaraciones de testigos y mediante la inspección ocular. Sin embargo, el Tribunal en el fallo acusado aplica indebidamente la noción jurídica de posesión, para favorecer a la demandada con una presunción y sentar la tesis de que el demandante en reivindicación está obligado a destruír esa presunción".

Tercer cargo.—En una última acusación el recurrente sostiene que "la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea" y cita como infringidos los artículos 949, 740 y 756 del Código Civil, "en relación con los artículos 630, 631, 635 y 636 del Código de Procedimiento Civil".

En el texto del cargo dice que el Tribunal consideró al actor como dueño apenas de la mitad de uno de los lotes, por lo que "confundió lamentablemente la copropiedad o indivisión con los bienes incorporales" y agrega: "tan derecho real es la propiedad unitaria y personal como la copropiedad o propiedad en común. La circunstancia de que varias personas sean dueñas de un inmueble no significa en manera alguna que no puedan ejercitar los derechos que le corresponden al dueño de una cosa. Concretamente la ley sustantiva otorga la acción reivindicatoria para el copropietario".

Y remata así: "Pero la demandada Verónica Alonso no es la copropietaria, ni el inmueble materia de la reivindicación carece de especificación y determinación. La sentencia del Tribunal hace caso omiso de la especificación del inmueble presentada en los títulos de propiedad, en el certificado del Registrador y en la identificación hecha por el Juzgado de instancia en la diligencia de inspección ocular. A tales documentos que obran en los autos, me remito para establecer esta otra violación de la ley".

Se considera:

1.—El recurso extraordinario de casación, que tiene como finalidad primordial unificar la jurisprudencia nacional, está sometido a normas precisas a las que deben someterse tanto las partes como la Corte.

Por lo que hace a la demanda de casación, que es pieza fundamental del recurso, además de contener un resumen de los hechos de la controversia, debe expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando los textos legales que el recurrente estima infringidos (artículo 531 del C. J.).

No cumple estos requisitos el escrito que se ha presentado como tal en el presente juicio, porque no cita ninguna causal, ni expresa en forma clara y precisa los fundamentos que pudiera aducir para sostenerla, fuera de que el recurrente afirma en todos los cargos que la violación de la ley sustantiva es **directa,** pero del texto de ellos se desprende que es **indirecta,** por errónea apreciación de pruebas, aunque no precisa la clase de error cometido por el Tribunal.

Cuando se acusa un fallo por violación directa de ley sustancial se parte de la base de que quien hace la acusación acepta los hechos tal como los consideró el Tribunal; sólo que al aplicar la ley le dio un alcance que no tiene, o dejó de aplicar otra que contempla el hecho previsto, o correctamente interpretada se le hizo regular un caso no previsto. Pero de ninguna manera se discute la apreciación probatoria que hizo el sentenciador para concluír con los hechos a los cuales les aplicó las disposiciones legales que se consideran violadas por el recurrente.

2. — En el presente caso se ataca la sentencia por violación directa en todos los cargos, lo que supone que el recurrente se quiso acoger a la causal primera, inciso 1º del artículo 520 del Código Judicial.

Se sostiene por el recurrente, en síntesis, que el demandante sí es dueño de todo el inmueble cuya reivindicación se pretende por el mismo porque los títulos de propiedad que presentó al juicio así lo prueban; que la demandada es poseedora material de todo el inmueble, según las declaraciones que obran en el juicio y la diligencia de inspección ocular; y que "la ley sustantiva otorga la acción reivindicatoria para el copropietario", por lo que el Tribunal violó los artículos del Código Civil que consagran la acción de dominio al negar las súplicas de la demanda.

3.—En la apreciación de las pruebas que hizo el Tribunal y que lo llevó a la convicción de que el predio objeto de la reivindicación es un bien común indiviso, del cual el actor Ramón Pinzón sólo es dueño de una cuota-parte, y que la demandada no es poseedora material de todo el predio sino apenas de una pieza interior de la casa, no se encuentra que hubiera incurrido en error de derecho ni en error de hecho evidente.

En efecto: La escritura pública número 5072 de 14 de diciembre de 1943 de la Notaría Cuarta de Bogotá, que el demandante presentó para acreditar la propiedad que alega sobre el lote de mayor extensión y sobre la casa que allí se levanta dice textualmente que lo que Pinzón adquirió fue "la mitad de un lote de terreno proindiviso situado en la urbanización denominada La Paz, ubicado sobre la calle 65 de Bogotá, con la mitad de la edificación en él existente". Según este título no queda duda de que el bien es una comunidad, de la cual el reivindicante Pinzón es apenas dueño de la mitad indivisa.

No siendo el actor dueño de todo el predio sino de una parte indivisa, su acción no podía ser la consagrada en el artículo 946 del Código Civil sino la establecida en el 949 de la misma obra, ya que el comunero no puede reivindicar para sí sino la cuota de que no está en posesión, y al hacerlo debe determinarla y singularizar el bien sobre el cual está radicado.

Como es bien sabido, el comunero posee el bien común en su nombre y también en el de los condueños y por lo mismo la acción de dominio que le corresponde debe ejercitarla para la comunidad.

4.—El Tribunal encontró, además, que faltaba otro factor esencial para la prosperidad de la acción de dominio, la posesión del bien materia de la demanda por parte de la demandada Verónica Alonso, que según todos los testimonios llevados al debate por el actor, esa posesión la tiene es el propio Ramón Pinzón, a excepción de una pequeña pieza interior que ocupa la Alonso, pero sin haberse demostrado a qué título. En la estimación probatoria que de esas declaraciones hizo el Tribunal tampoco se desprende que hubiera incurrido en error de derecho o de hecho, ya que los declarantes están acordes en sostener que quien cobra los arrendamientos de la casa, etc., hace las reparaciones de la misma y paga los impuestos municipales que gravan el inmueble es el demandante Pinzón.

5.—Sobre la diligencia de inspección ocular que el recurrente cita como prueba de la posesión por la demandada, conviene poner de presente que fue una prueba combinada con peritos y que éstos en su dictamen sostuvieron que quien tiene la posesión del bien materia de la acción es Verónica Alonso, conclusión a que llegaron no por

observación directa sino por presunción de lo que le oyeron decir a algunas personas, por lo que en esta parte la fuerza probatoria del dictamen se aprecia por el Juez "conforme a las reglas de la sana crítica" (artículo 723 del C. J.) y esa apreciación debe ser respetada por la casación.

Por lo expuesto, no pueden prosperar los cargos formulados por el recurrente.

DECISION:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha ocho de abril de mil novecientos cincuenta y ocho proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente juicio.

Sin costas en este recurso por no aparecer causadas.

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

Hernando Morales M. — Enrique Coras Velasco. Ignacio Escallón — José Hernández Arbeláez. — Arturo C. Posada — Gustavo Salazar T. — Jorge Soto Soto, Secretario.

LA RESPONSABILIDAD QUE SE IMPLORA SOBRE PERJUICIOS, CUANDO PROVIENE DE LA VIOLACION DE UN CONTRATO POR EL INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO DE ESTE, ES CONTRACTUAL Y NO EXTRACONTRACTUAL. — CONTRA QUIEN ES PERTINENTE ALEGAR TAL CLASE DE RECLAMACION. — CUANDO EXISTE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE COSA AJENA RESPECTO DE LA CUAL PESABAN OBLIGACIONES IMPUESTAS A UN PRIMITIVO TRADENTE VENDEDOR POR SENTENCIAS EJECUTORIADAS, QUE ESTE NO CUMPLIO, NO ES PROCEDENTE EXIGIRLE ENTONCES INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR CULPA EXTRACONTRACTUAL O AQUILIANA

1.—La responsabilidad sobre perjuicios es contractual, cuando proviene de la violación de un contrato por el incumplimiento imperfecto de éste, v. gr., en el caso de que los vendedores de un terreno como cuerpo cierto, por linderos determinados, no se lo entregan al comprador. Pero reclamación tal, no es pertinente, sino en contra del inmediato tradente vendedor, pues, si hay otros transferentes que hayan incurrido en el mismo incumplimiento, son los respectivos compradores quienes tienen derecho a ejercitar la acción de responsabilidad por perjuicios contractuales, respecto de sus inmediatos vendedores.

2.—Cuando existe un contrato de compraventa de cosa ajena respecto de la cual pesaban obligaciones impuestas al primitivo vendedor de ella, por sentencias ejecutoriadas, que éste no cumplió, no es procedente exigirle indemnización de perjuicios por culpa extracontractual o aquiliana, porque no existe respecto de él nexo causal con el actual comprador, quien, si tiene acción, la deriva del contrato contra su inmediato tradente vendedor, por perjuicios contractuales y no extracontractuales.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada)

Carlos Casas, en nombre propio, contra Juan N. Arroyave y Josefina Valencia de Arroyave, presentó demanda ante el Juez 2º Civil del Circuito de Medellín, la cual, por impedimento de éste, pasó al 3º, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1º—Que los señores Juan N. Arroyave y Josefina Valencia de Arroyave son civilmente responsables de los perjuicios materiales y morales que me causaron por no haber dado oportuno cumplimiento a las sentencias proferidas por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín que les ordenó demoler unas obras construídas por ellos en parte de un predio del señor Joaquín Posada Toro y haber transferido la propiedad del lote que había sido ya objeto de un juicio de deslinde, sin hacer exclusión de la porción atribuída al señor Posada Toro, precisamente donde estaba construída la ramada que fue objeto de la demolición, dando lugar a que la sentencia se cumpliera cuando yo ya estaba en posesión, de la ramada y del lote, en virtud de las transferencias que de él se habían hecho, derivada de la enajenación inicial que hicieron los demandados, ocasionándome las pérdidas y menoscabos materiales y morales de que dan cuenta los hechos fundamentales de la presente.....".

"2º—Que como consecuencia de la anterior declaración, los señores Juan N. Arroyave y Josefina Valencia de Arroyave están en la obligación de pagarme una vez ejecutoriado el fallo que ponga fin a este juicio, la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) m. l., cantidad ésta en que estimo el valor de los perjuicios de orden material y moral que me causaron.....".

"SUBSIDIARIAMENTE.—Que los citados señores Juan N. Arroyave y Josefina Valencia de Arroyave, están en la obligación de pagarme una vez ejecutoriado el fallo, la suma que pruebe en este juicio o en el que haya lugar a seguir para la ejecución de la sentencia.....".

"3º—Que deben pagarme las costas del juicio".

Los antecedentes se compendian así:

El Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín, en juicio promovido por Joaquín Posada T. contra Josefina Valencia de Arroyave, fijó en diligencia de 12 y 14 de febrero de 1946 los linderos del terreno de propiedad del primero, limítrofe con el de la demandada, situado en Medellín en el paraje de Guayabal. Lo determina la diligencia por un rectángulo que tiene por el norte 15 varas; por el oriente y el occidente 49,20 varas; y por el sur, que fue el límite que se pidió especialmente señalar, 15 varas. Agrega la diligencia que "el Juzgado deja al doctor José Gallo Gómez a nombre de su mandante, señor Joaquín Posada T. en posesión del lote alindado". Se declaró en firme el apeo, se ordenó el registro del fallo en el libro número 1º y ejecutoriada la sentencia.

Por sentencia de diez de febrero de 1947, confirmada por el Tribunal Superior de Medellín el 6 de junio del mismo año, se dispuso que Josefina Valencia de Arroyave y Juan N. Arroyave "procederán a destruír las obras existentes dentro del lote de terreno alinderado en la demanda", que es el mismo de que trata la diligencia de deslinde. El fallo del Tribunal dice que "Las mejoras que los demandados han hecho en el predio de Posada T. consisten en una ramada con techo de tejas, de cinco metros con cuarenta centímetros de ancho, por once metros con noventa centímetros de largo, rodeada con canales de zinc, lo cual consta también en el dictamen de los peritos. Esa enramada fue construída por los opositores con posterioridad a la diligencia de deslinde, la que como queda dicho, fue practicada en los días 11 y 14 de febrero de 1946".

El mismo Posada T. con respaldo en el fallo anterior, pidió al Juzgado 2º Municipal de Medellín autorización para destruír las obras existentes en el inmueble de su propiedad. En sentencia de veintiocho de junio de 1954, confirmada por la del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, fechada el 8 de octubre del mismo año, se le concedió la autorización para la destrucción de las obras "que se hará, reza el fallo, a costa de los demandados Juan N. Arroyave y Josefina Valencia de Arroyave, ya que éstos fueron condenados a destruírlas".

Con esta autorización, Posada T. por medio de terceros, llevó a término la demolición a partir del 2 de diciembre de 1954.

Por escritura pública 2528, autorizada en la Notaría 4ª de Medellín el 30 de marzo de 1948, Josefina Valencia de Arroyave, por medio de su apoderado Juan N. Arroyave, vendió a César Velilla un lote de terreno con una casita de bahareque, situada en el Municipio de Medellín, comprendido por los linderos que se expresan en el punto a) del instrumento.

César Velilla, según escritura 2923 de 25 de septiembre de 1952, de la Notaría 1ª de Medellín, le vendió a José M. Ortiz parte del inmueble adquirido de Valencia de Arroyave, la cual se determina en la cláusula 1ª.

José M. Ortiz transfirió en venta a Carlos Casas C., David Villa y Jaime Carmona el mismo bien mediante instrumento 427 otorgado en la Notaría 1ª de Medellín el 19 de enero de 1953.

David Villa y Jaime Carmona le vendieron a Carlos Casas sus cuotas en dicho inmueble al tenor de la escritura 2535 de 7 de noviembre de 1955, autorizada por el Notario 6º de Medellín.

En el solar adquirido por el demandante Casas tenía una fábrica de baldosas, y en la parte donde estaba la enramada que se destruyó por autorización del Juzgado 2º Municipal de Medellín, estaba instalada "la mayor parte de la maquinaria de la fábrica destinada a la elaboración de baldosas".

El no haber cumplido los demandantes Arroyave Valencia de Arroyave la orden de destruír las obras levantadas dentro de la propiedad de Joaquín Posada Toro, donde el demandante tenía instalada la mayor parte de la maquinaria de su fábrica de baldosas, y el haber enajenado después, como de su propiedad, este lote de terreno que no sólo resultó ajeno sino con el "gravamen" de destruír las obras nombradas, dando lugar a que dicha propiedad y obras por las sucesivas transferencias llegara a radicarse en cabeza de Casas "por lo menos la posesión, fueron los causantes directos de los gravísimos perjuicios de orden no sólo patrimonial sino también de orden moral que le causaron al actor".

Estos consistieron en la paralización de la fábrica de baldosas por causa de la levantada de las instalaciones y desplazamiento de varias máquinas, la reducción de la producción, incumplimiento de pedidos pendientes, pérdida de materia prima, suspensión de obreros, insuficiencia del resto del inmueble para acomodar la maquinaria que tenía en el lote y ramada de que fue privado.

Con la demolición de la enramada y la paralización de la fábrica también recibió perjuicios morales objetivados, como la pena de verse desalojado por la fuerza de la parte del solar ocu-

pado con las obras destruídas, e inmovilizado en sus actividades ordinarias de trabajo, ante la curiosidad del vecindario por la intervención de las autoridades de policía, el descrédito ante su clientela por el incumplimiento de los compromisos pendientes, la disminución de su crédito comercial y bancario y la consecuencial imposibilidad de atender oportunamente al pago de materiales y prestaciones de trabajadores.

Estima el libelo que estos perjuicios valen la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00).

Los demandados contestaron oponiéndose a las peticiones y negando los hechos fundamentales del libelo.

El Juzgado encontró que no se había demostrado que Josefina Valencia de Arroyave en la venta que le hizo a César Velilla no hubiera excluído "el lote de terreno del señor Posada a que le dio derecho la diligencia de apeo", ni que tampoco se hubiera hecho tal exclusión en las enajenaciones posteriores.

Respecto de Juan N. Arroyave, halló que era un mandatario de su esposa y, por consiguiente, carente de legitimación pasiva para responder de los actos cumplidos en desempeño correcto de su encargo.

Sobre estas premisas, en sentencia de nueve de abril de mil novecientos cincuenta y seis, resolvió: "No hay lugar a hacer las declaracionse pedidas en la demanda, y, en consecuencia, se absuelve a los demandados".

Contra esta resolución se alzó el demandante, y el Tribunal Superior de Medellín resolvió el recurso en providencia del veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y seis, por la cual confirma la sentencia de primer grado.

Las consideraciones del Tribunal, ante la prueba aducida en las dos instancias por la parte demandante, se pueden resumir de esta manera:

Los motivos aducidos por solicitar perjuicios son dos: 1º Haber enajenado los demandados todo el terreno sin excluír el que en la diligencia de deslinde se señaló de propiedad de Posada Toro; y 2º Haberse negado a cumplir la orden judicial de demoler la ramada construída en faja de propiedad de Posada Toro.

Juan N. Arroyave obró en los actos de que habla la demanda como apoderado de Josefina Valencia de Arroyave. Así, "por lo que respecta a este demandado está probada la ilegitimidad sustantiva de la personería".

En lo que toca con Valencia de Arroyave, no se ha demostrado que exista ningún vínculo contractual por el cual se le pueda exigir a ella ninguna indemnización, pues el demandante adquirió el inmueble "después de varias tradiciones de la venta que hizo la demandada".

"Aquí no se está en presencia de una obligación de saneamiento, caso en el cual puede procederse **omisso medio** conforme al artículo 1897 del C. C.". Cuando Valencia se la vendió a Velilla, su primer sucesor, ya se había dictado sentencia en el juicio divisorio y también en el posesorio". Casas que adquirió después no fue desposeído del lote "en virtud de sentencia que se hubiera dictado en juicio contra él".

"Valencia de Arroyave estaba obligada a favor de Posada Toro a derruír la ramada, el no haberlo hecho oportunamente no es circunstancia que pueda decirse que por sí sola perjudicó a Casas. Al contrario, éste resultó aprovechándose del terreno y de la ramada por lo menos hasta el día en que se llevaron a efecto las obras necesarias para comunicar dicha porción con el resto de la propiedad de Posada Toro. La razón de la demanda podría ser el hecho de habérsele vendido a Casas este lote o porción de tierra, no perteneciéndole al vendedor e ignorando el comprador esa circunstancia. La existencia de la ramada podría ser apenas un motivo para que el comprador hubiera creído que dicha parte de que posteriormente fue privado, era del vendedor y no de un tercero. Pero se repite que no está probada la existencia de ningún vínculo contractual que obligue a la demandada frente al actor. Ni tampoco de un hecho ilícito que le dé al demandante asidero para reclamar indemnización por daño proveniente de una responsabilidad extracontractual".

Inconforme el demandante con el fallo del Tribunal interpuso contra él recurso de casación, que, agotado en su tramitación, se procede a decidir.

Alegando "la causal primera de casación, de que trate el artículo 520 del Código Civil (sic), o sea, la violación de ley sustantiva, presenta la demanda cinco cargos que se consideran en el orden en que los expone y sustenta.

Cargo primero.

"Infracción de los artículos 1610, 1494, 2341 y siguientes (**Título XXXIV, Libro 4º**, del Código Civil".

Lo funda así:

"Ya hubo de verse cómo el Tribunal afirma no

estar comprobada la existencia de un hecho ilícito, es decir, culposo, que le dé asidero al demandante para reclamar indemnización por daño proveniente de una responsabilidad extracontractual".

"De otro lado, como ya se vio, el propio Tribunal acepta que la señora Valencia de A. estaba obligada en favor de Posada Toro a destruír la ramada".

De suerte, que empezando con la destrucción de la ramada, que fue la causa material y próxima del daño, e interpretando el fallo recurrido, lo que en realidad sostiene el Tribunal, no toca con la cuestión probatoria propiamente dicha" sino con la falta de configuración de la culpa extracontractual, y ello a pesar de las pruebas que obran en el proceso y cuya existencia, por otra parte el Tribunal acepta".

Agrega el recurrente que, basado en esto, alega infracción directa de las disposiciones legales mencionadas, "por falta de aplicación al caso del litigio, o de no, por errónea interpretación" de ellas.

Es antijurídica e injusta en sí misma la tesis del Tribunal de que no constituye culpa el no cumplimiento por parte de la demandada de la obligación que judicialmente se le había impuesto de destruír la ramada, hecho que hubo de realizarse cuando estaba llamado a ocasionar un perjuicio a un extraño, por todo concepto inocente.

En efecto, consta que, a más tardar desde julio de 1947, en virtud de fallos judiciales, a cargo de la señora Valencia de Arroyave existía la obligación de derruír la ramada; y que luego, o sea, el 30 de marzo de 1948, por escritura 2528 de la Notaría de Medellín, la señora Valencia de Arroyave vendió el lote de terreno a César Velilla, primer antecesor del demandante en este juicio.

No habiendo cumplido la vendedora los fallos judiciales antes ni después de la venta, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.610 del C. C. relacionado con la obligación de hacer, debió preveer la demandada que vendría la acción judicial sobre destrucción de la obra, "con los posibles daños consiguientes para el poseedor del terreno donde había sido construída, y, por consiguiente, debió evitar, mediante la destrucción propia, adecuada y oportuna, de la obra, la que más tarde hubo de presentarse merced a la intervención judicial y precisamente a efecto de evitar esa intervención judicial y el daño consiguiente, dado el estado de las cosas en ese momento.

Y termina la sustentación del cargo: "Si quien debió preveer el daño, no lo evitó, sin embargo, es persona que incurrió en culpa extracontractual, y a ella, por consiguiente, le es imputable el daño causado, daño que debe indemnizar a la víctima de él, es decir, en el presente caso concreto, al señor Casas".

Se considera:

Para fijar la conducencia del cargo por violación directa de las normas legales citadas por el recurrente, es necesario observar, como lo reconoce el libelo de casación, que el Tribunal afirma categóricamente que la derruída del cobertizo o ramada "por sí sola no puede decirse que perjudicó a Casas"; que "no está probada la existencia de un vínculo contractual que obligue a la demandada frente al actor, ni tampoco la existencia de un hecho ilícito que le dé al demandante asidero para reclamar indemnización por daño proveniente de una responsabilidad extracontractual".

Estas afirmaciones las hace el juzgador después de considerar los documentos que acreditan la venta que del solar se hizo por la demandada Valencia de Arroyave a César Velilla, y las que siguieron hasta la de los comuneros David Villa y Jaime Carmona de sus derechos al demandante Casas; las sentencias en el juicio de deslinde, en el posesorio y en el de ejecución del hecho debido; y las declaraciones sobre demolición de la enramada y daños que ésta le acarreó a Casas por la remoción de las máquinas y demás accesorios que tenía instalados en el terreno cubierto con la enramada.

No aparece, según lo entiende el recurrente, buscando una interpretación de la sentencia que el fallador haya sostenido que no se configura la culpa sino que no están probados ésta y el daño. Los términos empleados son lo suficientemente claros, precisos y categóricos, para buscar una interpretación que no cabe. Decir que no existe prueba de un hecho ilícito, es afirmar que este extremo de la responsabilidad extracontractual, la culpa, no está demostrado.

Siendo esto así, no podía el fallador aplicar los artículos alegados por el recurrente, para exigir la responsabilidad aquiliana a la demandada Valencia de Arroyave, ni haberles atribuído una significación y alcance que no les corresponde.

Bien sabido es que la tacha por violación directa de las normas sustanciales, es viable, cuando el fallo contiene disposiciones contrarias a tales normas, independientemente de toda cuestión de hecho. A la Corte en la consideración del cargo, le corresponde ocuparse de cuestiones puramente legales partiendo de los hechos, como los apreció en su prueba el fallador de instancia.

El recurrente pretende, al sostener esta impugnación, que la Corte estime que en la demolición de la enramada sí hubo culpa, por no haberse dado cumplimiento a los tres fallos judiciales que le precedieron a la venta que hizo la demandada, al paso que el Tribunal, se repite, categóricamente afirma que no hay prueba de un hecho ilícito que dé bases para demandar perjuicios provenientes de una responsabilidad extracontractual. La pretensión del impugnador llevaría a la Corte a ocuparse de una cuestión de hecho reñida con la acusación del fallo por violación directa de la ley sustantiva.

El cargo es improcedente.

Segundo cargo.

Lo sitúa en la hipótesis de que el Tribunal hubiera entendido, a propósito del mismo extremo, que no existiera "la comprobación propiamente dicha, o sea, atinente al derecho probatorio, en sí mismo considerado, de un hecho ilícito que le dé al demandante asidero para reclamar indemnización por daño proveniente de una responsabilidad extracontractual". Y formula la tacha en los siguientes términos:

"En tal evento, habría de llegarse también a la infracción de las disposiciones legales ya citadas a través de error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas. Por tal aspecto mencionado del error de hecho habría procedido el Tribunal como si al proceso no hubiera traído el demandante prueba alguna pertinente, a pesar de las muy numerosas y de singular importancia que en él obran y que el propio Tribunal menciona en su sentencia. Consisten tales pruebas en las mismas que cita el Tribunal en parte aquí antes transcrita de su fallo".

Considerandos:

El artículo 520 del C. J. dispone perentoriamente que, cuando se invoca como motivo de casación la violación de la ley por "apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba", el recurrente, además de alegar sobre este punto, debe demostrar "haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

Tratándose del recurso extraordinario de casación, ha repetido la Corte, las normas que lo regulan son de estricta aplicación, y, por eso la demanda que lo formula debe expresar todo lo que sobre el contenido de ella preceptúan los artículos 520 y 531 del C. J.

Respecto de la obligación en que está el demandante de señalar las pruebas no apreciadas por el Tribunal y de demostrar que incurrió en el error de hecho alegado, que aparezca de modo manifiseto en los autos, dicen los tratadistas: "... si se acusa por violación directa de la ley proveniente de errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas que sirvieron de fundamento a la decisión judicial es menester demostrar esos errores respecto de todas las pruebas". (Alberto Zuleta Angel. Conferencias de técnica de casación civil dictadas en la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario).

La Corte, acerca de las formalidades de la demanda, ha dicho: "La casación es un recurso extraordinario en que han de examinarse por la Corte sólo las cuestiones que proponga la demanda contra la sentencia acusada".... "En la presentación de los cargos el recurrente debe ceñirse no sólo a las condiciones formales de la demanda en el artículo 531 del C. J. sino también en su adecuada formulación sustancial conforme a la norma del artículo 520 del mismo Código". (G. J. Tomo 78, pág. 390).

"Cuando en casación se acusa por errónea apreciación de las pruebas, el recurrente debe, entre otras cosas, definir con nitidez y precisión de qué clase de error se trata, si es de derecho o de hecho, y en este caso, en qué consiste y si aparece de manifiesto o en forma evidente...". (Ibidem, pág. 995).

"Para que prospere en casación el cargo por violación de la ley sustantiva a consecuencia de error de hecho en la apreciación de una prueba el error ha de reunir tales caracteres que por el error mismo caiga fatalmente la interpretación del Tribunal, para darle paso a la única que la prueba puede admitir de manera evidente e incontrastable". (Ibidem, pág. 945).

"...Al recurrente corresponde alegar, precisar y demostrar las equivocaciones o errores de hecho o de derecho en que pudo incurrir el senten-

ciador con ocasión de la sentencia que se acusa". (T. 83, pág. 865).

La transcripción completa del cargo demuestra por sí sola que no cumple con las exigencias del recurso, o sea, con los requisitos de demostrar, mediante el análisis de todas las pruebas, a que alude la tacha, que el Tribunal incurrió en el error posible de no haber tenido como probado el hecho ilícito generador de perjuicios extracontractuales, por haber ignorado o no tenido en cuenta todas las pruebas.

Lo dicho es suficiente para deducir que la impugnación no puede prosperar.

Tercer cargo.

Lo formula por infracción directa de las mismas disposiciones legales citadas.

Para sustentarlo, parte de la apreciación del Tribunal de que, si bien la señora Valencia de Arroyave estaba obligada a derruír la ramada "el no haberlo hecho oportunamente no es circunstancia que por sí sola pueda decirse perjudicó a Casas"..

Dice el recurrente que, "se plantea así el aspecto propiamente dicho del perjuicio causado y de la causal de tal perjuicio".

Prosigue exponiendo que, como lo relata el Tribunal en el fallo, la venta hecha por Valencia de Arroyave a César Velilla, antecesor de Casas, fue hecha después de vencido el término judicial señalado para derruír la enramada; "y, al propio tiempo, el señor Posada Toro quien obtuvo el fallo favorable, gozaba del derecho a que fuera llevada a cabo tal destrucción".

Repite que si Valencia de Arroyave hubiera demolido oportunamente el cobertizo, no se hubiera causado el daño a Casas. Y concluye: "De donde se sigue que la destrucción de la ramada, no sólo fue causa del daño sufrido, sino que tal daño hubo de ser, en realidad causado, al mismo señor Casas. Es por consiguiente absolutamente errónea la tesis sobre el particular asentada por el Tribunal sentenciador, y de ahí la infracción de los artículos 1.610, 1.494 del Código Civil, por falta de aplicación al caso, o de no, por interpretación errónea de los mismos. Obsérvese a este propósito que tanto el artículo 1.494 como el 2.341 tocan con el daño y con la causa del mismo, y el 1.610 con el cumplimiento de la obligación de hacer, en este caso, a cargo de la parte demandante".

Para el supuesto de que el punto dentro de la técnica de casación haya de mirarse a la luz de los elementos probatorios, "se tendría que al desconocimiento de las disposiciones legales citadas hubo de llegarse mediante la existencia de un error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas del juicio, como son las que el propio Tribunal puntualizó en su exposición citada en el presente escrito de casación, e igualmente aquí transcritas, que considera innecesario copiar de nuevo para los efectos de la alegación".

Considera la Corte:

A la impugnación por violación directa de las normas sustantivas invocadas por el recurrente, caben las mismas observaciones hechas al estudiar el primer cargo.

La tacha por error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas puntualizadas por el mismo Tribunal, adolece, como el segundo cargo. de falta de técnica o de los requisitos exigidos por el artículo 520 del C. Judicial. En efecto, si bien el recurrente alude a las pruebas analizadas por el Tribunal, no dice en qué consiste el error cometido por aquél, ni se ocupa en demostrarlo en sí y en su evidencia. Con todo, la Corte, en el deber en que está de respaldar sus decisiones y en su propósito de dar cierta amplitud a la consideración del recurso de casación, entra a estudiar las pruebas "que el propio Tribunal puntualiza en su exposición".

Estas son:

a) Copia debidamente registrada de las escrituras 2528 de 30 de marzo de 1948 por la cual Josefina Valencia de Arroyave, por medio de su marido y en la condición de apoderado, vendió a César Velilla el mismo inmueble que había sido objeto del juicio de deslinde con Joaquín Posada T. incluyendo en la venta, como se verá adelante, la faja o zona que en la diligencia de apeo se señaló como de propiedad de Posada T.; de la 7923 de 1952 mediante la cual Velilla vendió a José M. Ortiz parte del bien raíz adquirido de Valencia de Arroyave, en la cual quedó comprendida la misma zona perteneciente a Posada T.; de la 427 de enero de 1953 a cuyo tenor Ortiz le transfirió en venta a Carlos Casas, David Villa y Jaime Carmona los derechos habidos de Velilla en el mismo terreno; y de la 2535 de 7 de noviembre de 1955 en virtud de la cual Villa y Carmona vendieron a Casas la parte que tenían en tal inmueble.

b) Copia de la diligencia de deslinde practicada el 12 y 14 de febrero de 1946 y declarada en firme en el juicio respectivo de Joaquín Posada T. contra Josefina Valencia de Arroyave: de las

sentencias de primera y segunda instancia en el juicio posesorio de Posada T. contra Valencia de Arroyave y Juan N. Arroyave; y de las sentencias de primero y segundo grado en el juicio de Posada T. contra los cónyuges Arroyave y Valencia de Arroyave sobre autorización para ejecutar el hecho debido.

De estas piezas, a las cuales se alude con mayores detalles en los antecedentes de la demanda, resulta: 1º en el acto de apeo de los inmuebles de Posada T. y Valencia de Arroyave se dejó al primero, por medio de su apoderado judicial, en posesión de un rectángulo cuyos lados norte y sur medían 15 varas de longitud, y 49,20 varas los lados oriental y occidental. El lado sur fue el que se pidió fijar en el juicio de deslinde. 3º El posesorio tuvo por objeto recuperar la posesión del rectángulo de terreno ocupado por Valencia de Arroyave y por "Arroyave en nombre de su esposa, dice la sentencia", por una ramada construída por éstos con posterioridad a la diligencia de deslinde. Y fue así como se dispuso en sentencias de febrero y junio de 1947 que los demandados procederán a derruír las obras existentes dentro del "lote de terreno alinderado en la demanda".

Basado en estas providencias, Posada T. solicitó y obtuvo por sentencias de julio y octubre de 1954 autorización para destruír por sí o por medio de terceros las obras a que se refiere el posesorio.

El Tribunal también tuvo en cuenta las declaraciones de Alberto Ortiz, Salvador Ospina Vásquez, Marcos Giraldo, Alberto Linaza, Manuel Papena, David Villa Restrepo, Jaime Carmona Taborda, Sigifredo Gil Hernández y Miguel Paniagua, conforme a las cuales los trabajos de demolición de la enramada se llevaron a cabo desde el 2 de diciembre de 1954 en el local de la fábrica de baldosas de Carlos Casas; fue necesario derruír varios muros que servían de separación entre la fábrica y el terreno de Posada Toro así como remover algunas máquinas que estaban instaladas con anclaje de concreto y acero; por esta razón el trabajo del establecimiento se paralizó cerca de veinte días; quedó disminuída definitivamente la capacidad de producción de la fábrica: y el área del local se redujo como en setenta varas cuadradas.

Asímismo apreció la inspección ocular y el peritazgo practicados en la segunda instancia, según los cuales en la venta de Josefina Valencia de Arroyave a César Velilla se incluyó el lote ocupado por la ramada, y la "faja segregada a la fábrica tiene un área aproximada de setenta y tres varas cuadradas". Igualmente tuvo en cuenta que los peritos por razón de la paralización forzada de la fábrica estimaron que el demandante dejó de ganar $ 4.554.00 y que la resinstalación (sic) de la fábrica montó a $ 1.000.00.

Con respaldo en estos medios de juicio, el Tribunal concluye que no está demostrada la existencia "de un hecho ilícito que le dé al demandante asidero para reclamar indemnización por daño proveniente de una responsabilidad extracontractual". Esta conclusión la deduce de que, si bien los dos hechos fundamentales de la demanda son el haber vendido los demandados el terreno sin excluír la faja que en el deslinde resultó de Posada Toro y de no haber cumplido la orden judicial de demoler la ramada construída en dicha faja, no se demostró, empero, la existencia de ningún vínculo contractual, por el cual Casas pueda exigirle indemnización a Valencia de Arroyave, pues no se está en presencia de un saneamiento por evicción, caso en el cual "puede procederse **omisso modo** conforme al artículo 1.897 del C. C." y el no haber derruído la demandada oportunamente el cobertizo "no es circunstancia que por sí sola pueda decirse que perjudicó a Casas. Al contrario, éste resultó aprovechánrose del terreno y de la ramada por lo menos hasta el día en que se llevaron a efecto las obras necesarias para comunicar dicha porción con el resto de la propiedad de Posada Toro".

Para afirmar si el Tribunal erró o no en esta apreciación, es necesario tener presente:

La demanda, como lo dice el fallador de segunda instancia, tanto en los hechos pertinentes como en la petición primera, sobre declaratoria de que los demandados son responsables de los perjuicios materiales y morales, coloca la **causa petendi** en no haber dado cumplimiento a la sentencia que ordenó la demolición de la enramada y en haber transferido la propiedad del terreno que ya había sido objeto de un juicio de deslinde "sin hacer exclusión de la porción atribuída al señor Posada Toro, precisamente donde estaba construída la ramada".

El demandante se preocupó también de traer los instrumentos públicos mediante los cuales se acreditan los actos traslaticios de Josefina Valencia de Arroyave a César Velilla, de éste a José M. Ortiz, de éste a Carlos Casas, David Villa y Jaime Carmona y la transferencia de las cuotas de los dos últimos al primero.

A moción de ambas partes, se identificó el inmueble de Casas, y se comprobó que tanto en la venta de Valencia de Arroyave como en los traspasos siguientes quedó incluída la zona de terreno ocupada por el cobertizo, que en el juicio de deslinde se determinó como de propiedad de Posada Toro.

La sentencia proferida en el juicio posesorio de Posada Toro contra "Juan N. Arroyave y Josefina Valencia de Arroyave, cónyuges entre sí" quedó ejecutoriada antes del 7 de julio de 1947, en que se dictó por el Juzgado el auto de obedecimiento al fallo del superior. La venta del inmueble por parte de Valencia de Arroyave a César Velilla se perfeccionó en instrumento de 30 de marzo de 1948, es decir, con posterioridad bastante a la sentencia que les impuso a los cónyuges Arroyave-Valencia la restitución del terreno y la demolición de la ramada levantada en él. Tal sentencia obligaba no sólo a la vendedora Valencia de Arroyave sino también a sus sucesores en la propiedad del terreno, Velilla, Ortiz, Villa R., Carmona y Casas, quienes no eran terceros que pudieran aponerse al cumplimiento o ejecución del fallo.

Concurriendo todas estas circunstancias, es necesario definir si los daños que sufrió el demandante Casas provinieron propiamente de no haber demolido oportunamente Valencia de Arroyave la enramada, o de haber sido privado del terreno ocupado con ésta, como consecuencia de la venta que de él hizo Valencia de Arroyave a su primer sucesor Velilla, y de haber llegado así hasta el comprador Casas cuando estaba definido desde el juicio de deslinde que era de propiedad de Posada Toro.

La venta hecha por Valencia de Arroyave a Velilla de esta porción del inmueble como de su propiedad, ejecutoriados los fallos de deslinde y posesorio, adelantados por Posada Toro contra ella, lo fue de cosa ajena; y la demolición de la ramada y consiguiente restitución a Posada Toro de tal faja de terreno en ejecución de la sentencia que tal dispuso, fue una consecuencia necesaria de haber comprado el demandante Casas una parte de terreno ajeno. La destrucción del cobertizo y consiguiente privación que sufrió Casas del lote de tierra nombrado, en cuanto fue el cumplimiento de esa sentencia judicial generó el incumplimiento del contrato o contratos por los cuales el demandante Casas adquirió todo el inmueble como cuerpo cierto y por linderos que abarcaban la zona restituída a Posada Toro. Este incumplimiento produjo en él, como comprador, el derecho de pedir el cumplimiento o la resolución de los contratos por los cuales hubo todo el inmueble con la correspondiente indemnización de perjuicios, según los términos del artículo 1546 del Código Civil.

"Si el vendedor, por no ser dueño, no puede efectuar una tradición válida y eficaz, falta el cumplimiento de una de las obligaciones que le corresponden". (G. J. T. 81, pág. 129).

Cuando el contrato de compraventa de inmueble fue de cuerpo cierto y el vendedor no entregó lo que reza el contrato, esto es lo comprendido en los linderos señalados en la escritura, existe la acción resolutoria por incumplimiento y también la de cumplimiento del contrato. (G. J. T. 78, pág. 942).

Siendo esto así, la responsabilidad suplicada sobre perjuicios es contractual, porque proviene de la violación de un contrato, que consiste, en este caso, en el cumplimiento imperfecto de él, por cuanto los vendedores del terreno como cuerpo cierto, por linderos determinados, no se lo entregaron a Casas, toda vez que fue privado de una parte de él por sentencia ejecutoriada antes de la primera transferencia de él.

Y como la demandada Valencia de Arroyave en su calidad de primera vendedora del inmueble como cuerpo cierto, también quedó obligada con su directo comprador al cumplimiento del contrato respectivo, la violación de él le acarreará una responsabilidad contractual y no extracontractual.

"La responsabilidad delictual o cuasidelictual civil proviene de un delito o cuasidelito civil, es decir, de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro. Esta responsabilidad no deriva de la inejecución de una obligación preexistente; ninguna existe entre la víctima y el autor del daño, y si la hay, ésta se produjo al margen de ella y no resulta de su infracción. Así el vendedor que no entrega oportunamente la cosa vendida y viola de este modo la obligación de entregar que le impone el contrato de compraventa, incurre en responsabilidad contractual. El que hiere a otro deliberadamente o sólo por imprudencia, incurre en responsabilidad delictual, en el primer caso, y cuasidelictual, en el segundo, porque el causar el daño, no violó ninguna obligación preexistente". (De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Arturo Alessandri Rodríguez. 1943—Pág. 42).

"Bien sabido es que las dos maneras en que

puede violarse un derecho con daño de otra persona determinan las dos especies de responsabilidad civil; por culpa contractual cuando no se cumple oportuna y completamente la obligación correlativa que a favor de otro se ha contraído en virtud de la celebración de un contrato; y por culpa extracontractual, que los romanos llaman aquiliana cuando fuera de toda relación jurídica anterior, sin ningún vínculo preexistente, se viola un derecho ajeno amparado por la ley. En el primer caso, es indispensable la existencia de una relación jurídica preestablecida que vincula a un acreedor con un deudor determinado, al paso que en la culpa aquiliana el acreedor se determina solamente al consumarse el hecho ilícito que le causa perjuicios. La responsabilidad de la primera de estas culpas se gobierna por las reglas generales de las convenciones y la determinada por la culpa aquiliana por los preceptos contenidos en el título XXXIV del Libro IV del Código Civil". (G. J. Tomo 47, pág. 495).

"La culpa extracontractual implica ausencia de un vínculo contractual preexistente entre la víctima y el autor del daño". (Ibidem. T. 64, página 131).

Infiérese de todo lo expuesto que, obrando el nexo contractual entre el demandante Casas y sus vendedores José María Ortiz, David Villa Restrepo y Jaime Carmona, y que invocando la demanda dicho título así como la demolición de la ramada, mejor, la restitución de una parte del inmueble a Posada Toro, su dueño, hecho que constituye el incumplimiento de los contratos por los cuales hubo de aquellos todo el terreno, existe como causa de los perjuicios una culpa contractual y no extracontractual.

El Tribunal, si bien hizo un estudio muy ligero del caso, no incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas aducidas al proceso, al afirmar que "no está probada la existencia de ningún vínculo contractual que obligue a la demandada frente al actor. Ni tampoco de un hecho ilícito que le dé al demandante asidero para reclamar indemnización por daño proveniente de una responsabilidad extracontractual". Por lo cual el cargo no prospera.

Cuarto cargo.

Lo propone en estos términos:

"En los acápites anteriores ha sido considerada la cuestión por el aspecto de la destrucción de la ramada estando en posesión del terreno el demandante perjudicado, aspecto que es el más fundamental en este asunto. Empero las apreciaciones allí contenidas han de extenderse al hecho de la venta de terreno ajeno, ejecutado por la parte demandada, hecho que aunque viene a operar como génesis remota de todo lo ocurrido en perjuicio del señor Casas, constituye al mismo tiempo y en mucho explicación lógico-jurídica de tal ocurrencia. Y de ahí que las acusaciones que preceden, al menos de manera subordinada, o subsidiaria, y para los efectos de la casación, se apliquen a este aspecto especial del asunto, planteado en la demanda misma de instancia".

Considera la Corte:

Los cargos anteriores que el recurrente pretende acumular en el que se estudia, extendiéndolos "al hecho de la venta del terreno ajeno, ejecutada por la parte demandada", está reñido también con la técnica de casación, tanto en lo que toca con la violación directa de las normas sustantivas que dice infringidas, como con la indirecta de las mismas por error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas; pues la primera, además de lo expuesto, no es conducente en tratándose de apreciación de culpa extracontractual (G. J. T. 79, pág. 548), y la segunda, tampoco, porque el demandante en el recurso no cumplió con la obligación de señalar y de demostrar el error evidente en que el juzgador haya podido incurrir. De otra parte, en los considerandos de la tacha anterior, quedó demostrado que no hubo tal error, y cómo la venta del terreno ajeno, en el caso concreto, constituye una culpa contractual de parte de Valencia de Arroyave de y cada uno de sus sucesores en el inmueble, hasta llegar a la transferencia que lo puso en cabeza del demandante Casas, por incumplimiento imperfecto del referido contrato de venta.

Lo dicho es bastante para rechazar el cargo.

* * *

Quinto cargo.

Finalmente impugna el fallo por violación indirecta de los arts. 1610, 1494 y 2341 del C. Civil, proveniente de error manifiesto de hecho en la apreciación de las sentencias de primera y segunda instancia en el juicio posesorio, y en el de autorización para que Posada Toro ejecutara por sí o por un tercero el hecho debido por los cónyuges Arroyave-Valencia.

Para sustentarlos transcribe de la sentencia el

aparte que dice: "En primer lugar se observa, como lo anota el Juzgado, que el demandado Juan N. Arroyave apenas obró en los actos de que habla la demanda como apoderado de la señora Josefina de A. De suerte que por lo que respecta a este demandado está probada la ilegitimidad sustantiva de la personería".

Observa que, aunque llegara a aceptarse que la compra inicial hecha por Valencia de Arroyave, lo fue por Arroyave en calidad de apoderado de ella, siendo "como son fundamentales las sentencias dictadas por los Jueces sobre la obligación de destrír (sic) las obras y sobre la ejecución de tal obligación de hacer y habiendo resultado del contenido de tales fallos que la obligación de tal destrucción, etc., correspondía no sólo a la señora Valencia, sino igualmente al señor Arroyave en su nombre personal, se tiene que la apreciación, antes transcrita, hecha por el Tribunal, significa un error manifiesto en la apreciación de las pruebas" que obran dentro del proceso, consistentes en las sentencias de ambas instancias tanto en el juicio posesorio como en el de autorización para ejecutar Posada Toro la demolición de las obras.

Y concluye: De suerte que, merced al error de hecho de que se acaba de hablar, y que también lo es de derecho (artículos 1759 del Código Civil y 632 del Código Judicial que fijan el valor probatorio de los instrumentos públicos, en este caso las sentencias referidas y los actos complementarios de las mismas), llegó el Tribunal a la infracción de las disposiciones legales sustantivas antes citadas, y en el concepto que se deja expresado".

Considerandos:

Si bien el recurrente habla de error manifiesto en la apreciación de los fallos a que alude, tampoco cumple con el requisito de demostrar en qué consistió el yerro del fallador, ni su evidencia.

Son muchos los fallos en los cuales la Corte ha insistido en que va contra los términos del artículo 520 del C. J. proponer simultáneamente, como lo hace el recurrente, el error de hecho y el de derecho en la apreciación de una prueba, primero, por lo terminante del texto, y segundo, porque, si el Tribunal no apreció la prueba, mal podía darle o negarle el valor que le asigna la ley, y si se equivocó en la estimación de su mérito probatorio, significa que sí la apreció.

Estas observaciones serían suficientes para desechar el cargo por falta de técnica en su fundamentación, pero, siguiendo el criterio de mayor acierto y amplitud en el estudio de los cargos, se considera la impugnación por el aspecto del error de hecho, que es del que parece se ocupa el escrito de casación.

El juicio de deslinde lo adelantó Posada Toro contra Josefina Valencia de Arroyave (fls. 26 v. a 29, cuaderno de pruebas—parte actora).

Los fallos proferidos en el juicio posesorio para derruír las obras construídas en el lote de terreno de Posada Toro a fin de restituírselo, condenan tanto a Josefina Valencia de Arroyave como a Juan N. Arroyave a efectuar aquella demolición dentro del término de veinte días (fls. 1 a 8 v. ibidem).

El juicio sobre autorización para ejecutar el hecho debido también se adelantó con citación de los cónyuges Arroyave-Valencia, de conformidad con lo que expresan los fallos (fls. 9 v. a 13 ibidem).

La venta del inmueble a César Velilla, contenida en la escritura 2528 autorizada en la Notaría 4ª de Medellín el 30 de marzo de 1948, fue otorgada por Juan N. Arroyave pero como apoderado de Josefina Valencia. La copia traída al juicio tiene la anotación de haber sido registrada el 12 de abril de 1948.

Se deduce que la sentencia que ordenó demoler la construcción con que estaba ocupado el terreno de Posada Toro obligaba tanto a Valencia de Arroyave como a Juan N. Arroyave, porque se profirió contra ambos, y lo mismo la que autorizó a aquel para realizar la demolición. Está también plenamente demostrado que la venta del inmueble la hizo Valencia de Arroyave, quien, según reza el instrumento que la autorizó, era la dueña.

La demanda en el hecho 10 dice que los dos demandados no solamente se negaron a cumplir la orden judicial de destruír las obras ejecutadas dentro de la propiedad de Posada Toro, sino que procedieron a enajenar un lote que no solamente resultó ser ajeno sino "con el gravamen" de destruír las obras tantas veces mencionadas. Y en el 13, claramente afirma que después del juicio de deslinde no solamente continuaron poseyendo la parte del lote señalada de propiedad de Posada Toro sino que construyeron una ramada y "procedieron a anejenar toda la propiedad sin excluír la parte de éste".

La primera súplica de la demanda se dirige a que se declare que los reos Arroyave y Valencia de Arroyave son responsables de los perjuicios

materiales y morales, por no haber dado cumplimiento a la sentencia que ordenó la demolición de las obras construídas en el predio de Posada Toro, y "haber enajenado la propiedad del lote que ya había sido objeto de un juicio de deslinde, sin hacer exclusión de la porción atribuída al señor Posada Toro".

Puesta la **causa petendi** de la responsabilidad extracontractual de los dos demandados en los dos hechos conjuntos expresados, y trabada la relación jurídico-procesal en esta forma, incumbía al demandante acreditarlos ambos, para considerar si ellos producían la responsabilidad aquiliana. Pero no siendo posible esto, dado que la vendedora fue solamente Valencia de Arroyave, la sentencia del Tribunal tenía que ser absolutoria sin poderse hablar de error de hecho manifiesto en la apreciación de las sentencias.

En el supuesto de que el no cumplimiento de sentencia que pesaba también sobre Juan N. Arroyave, se hubiera invocado como hecho independiente de la venta, para deducirle a él la responsabilidad extracontractual, tampoco era posible esto por la razón muy clara de que los daños alegados por Casas no son efecto de que Arroyave no hubiera llevado a término la demolición ordenada, antes de la venta que del bien raíz hizo Valencia de Arroyave, sino de haber comprado el demandado este lote, que era de Posada Toro.

Si la demolición de la enramada y la consecuencial entrega del lote a su propietario se hubieran efectuado, fuera de los efectos de la relación contractual en que se encontraba el actor Casas con sus vendedores del inmueble ajeno, quizá pudiera decirse que la omisión en cumplir la sentencia fuera la causa del daño, pero mediando el contrato de venta de cosa ajena, entre la omisión de Arroyave y los perjuicios, que dice haber recibido el demandante, no existe el nexo de causalidad que requiere la culpa aquiliana.

Resulta, pues, que no hubo error de hecho en el Tribunal por no haber encontrado probada en las sentencias mencionadas la culpa o responsabilidad extracontractual de Juan N. Arroyave en razón de la cual ha sido citado a este juicio.

La apreciación del Tribunal de que Juan N. Arroyave, obró como apoderado de su esposa Josefina Valencia de Arroyave en los juicios posesorio y de ejecución del hecho debido, es equivocada, porque el fallo del primero es terminante en condenarlos a ambos, y el segundo dispone que la demolición se hará a costa de los mismos. Pero este error no conduce sino a su mera rectificación, no a la casación del fallo, dado que el cargo no puede prosperar.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín el veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y siete en el juicio ordinario de Carlos Casas contra Juan N. Arroyave y Josefina Valencia de Arroyave.

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

Publíquese, cópiese, notifíques e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M. — Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón.—José Hernández Arbeláez—Arturo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto. Secretario.

ES ANTITECNICO ATACAR SIMULTANEAMENTE POR APLICACION INDEBIDA E INTERPRETACION ERRONEA DE UNA MISMA NORMA. — EN QUE CONSISTEN ESTAS. — SE RATIFICA LA INTERPRETACION HECHA POR LA CORTE RESPECTO DEL ARTICULO 28 DEL C. DE P. P.—MOTIVOS EXONERATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL TRATANDOSE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS. — CUANDO EL PROCESO PENAL TERMINA CON ABSOLUCION O SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO BASADO EN CULPA DE LA VICTIMA, DICHO PUNTO IMPIDE LA ACCION CIVIL DE RESPONSABILIDAD TANTO DIRECTA COMO INDIRECTA. — COMO NO ES PROCEDENTE EXIGIR A LOS INCAPACES DE QUE TRATA EL ART. 2346 DEL C. CIVIL INDEMNIZACION POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR ELLOS, TAL OBLIGACION INDEMNIZATORIA SE DESPLAZA A SUS GUARDIANES, LOS CUALES PUEDEN EXONERARSE CUANDO EN AUTOS NO SE LOGRA ACREDITAR QUE INCURRIERON EN CONDUCTA CULPOSA EN EL CUIDADO DE QUIENES OCASIONARON EL DAÑO.—LA IMPRUDENCIA DEL INCAPAZ EXCLUYE LA RESPONSABILIDAD DEL AUTOR DEL DAÑO ASI COMO LA DEL TERCERO. — TECNICA DEL ERROR DE DERECHO

1.—Incurre en falta de técnica el recurrente al presentar a la vez y en relación con las mismas normas la errónea interpretación y la indebida aplicación, que son dos formas diversas de violar la ley. Se ha repetido por la Corte que la indebida aplicación tiene lugar cuando entendido rectamente un precepto se aplica a hechos o situaciones no previstos o regulados por él: emana, pues, de una equivocación sobre la relación entre el hecho específico legal y el hecho específico concreto. En cambio, la interpretación errónea resulta de que se aplica la norma que regula el caso, pero se le da un alcance distinto al que ella tiene, o sea que el Juez incurre en equivocación en cuanto a su contenido.

2.—La jurisprudencia de la Corte incluye como caso impeditivo para el juicio civil que el hecho dañoso no le haya sido legalmente imputable al sindicado en el proceso penal, de modo que comprende así los eventos en que aquél hecho se deba a fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la víctima, que son precisamente los motivos exonerativos de la responsabilidad civil tratándose de actividades peligrosas. De modo que si el proceso penal termina con absolución o sobreseimiento definitivo basados en que alguna de tales circunstancias quedó comprobada, dicho punto impide la acción civil, tanto directa como indirecta.

"La absolución solamente demuestra la inexistencia de la culpa; pero la presunción de la ley puede descartarse únicamente con la prueba del caso fortuito, de la fuerza mayor o de la culpa de la víctima. La responsabilidad civil del guardián no queda excluída sino cuando la sentencia en lo criminal pone de manifiesto una de esas causas de irresponsabilidad" (Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, página 924).

Porque no puede olvidarse que la responsabilidad indirecta se funda también en la culpa del agente, de manera que respecto de ésta debe producirse la prueba directa si se trata de actividades no peligrosas, y opera la presunción de culpa reconocida por nuestra doctrina con base en el artículo 2.356 del Código Civil, cuando se trata de actividades peligrosas, de manera que en cualquiera de los dos casos si dentro del negocio penal queda demostrado que lejos de haber existido culpa en la comisión del hecho dañoso en el agente, el insuceso se originó exclusivamente en la culpa de la víctima, este punto queda decidido y no puede ser materia de nuevo debate en el juicio civil, con lo cual desaparece la base de la responsabilidad indirecta.

Por esta razón predica Arturo Alessandri Rodríguez en su obra "La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno": "De ahí que la responsabilidad por el hecho ajeno desaparezca si en el proceso criminal se absuelve o sobresee definitivamente al subordinado o dependiente, por no existir el delito o cuasidelito que se investiga... Por lo mismo las causas eximentes de responsabilidad, tales como la culpa exclusiva de la víctima, el caso fortuito, el estado de necesidad que puede invocar el subordinado o dependiente, aprovechan igualmente a la persona a cuyo cuidado él se encuentra" (Página 319).

3.—A tenor del artículo 2.346 del Código Civil, no es pertinente exigir a los incapaces de que trata dicha norma indemnización por los daños causados por ellos, en vista de que no tienen capacidad delictiva o simplemente culposa, pues se suponen faltos de discernimiento; pero se desplaza la obligación indemnizatoria a sus guardianes, los que, sinembargo, pueden exonerarse cuando el actor no logra acreditar que incurrieron en conducta culposa en el cuidado de quienes ocasionaron el daño.

Mas desde el punto de vista de la imprudencia del menor como determinante del accidente que le ocasionó la pérdida de su vida, la cuestión es distinta, pues no se trata de exigírsele responsabilidad civil o penal, sino simplemente de que su acto fue la única causa del insuceso, lo cual excluye la culpa del autor material del mismo y exonera a éste a través de ambas responsabilidades.

4.—Tratándose de un error de derecho es menester indicar el precepto probatorio transgredido, o sea la violación medio, para llegar luégo a la norma sustancial infringida que constituye la violación fin.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el 30 de octubre de 1958, en el juicio ordinario instaurado por Ana de Jesús Agudelo contra la Universidad de Antioquia.

Antecedentes.

Ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medelín María de Jesús Agudelo demandó a la Universidad de Antioquia, representada por su Rector, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas: a) Que la parte demandada es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales ocasionados a la demandante "como madre natural y única heredera universal de la menor occisa Amparo Agudelo", por la muerte violenta que sufrió ésta el 11 de julio de 1955 en accidente de tránsito causado por Alfonso Ríos B., cuando conducía un automotor oficial de la Universidad; b) Que, en consecuencia, la parte demandada debe pagar a la actora la suma de $ 50.000.00 moneda legal "o cuanto más probare", por vía de indemnización de dichos perjuicios. En primer subsidio se suplica el pago de los perjuicios, sujetos en su monto a incidente posterior de regulación, y en segundo subsidio el pago de "las expensas de entierro de la menor fallecida".

Las afirmaciones de hecho se pueden resumir como sigue:

A las seis y media a. m. del 11 de julio de 1955 Amparo Agudelo, hija natural de la demandante y quien a la sazón tenía nueve años, transitaba por la carrera de San Martín entre las calles Jorge Robledo y Belalcázar de la ciudad de Medellín; por la misma vía corría de sur a norte el automóvil número 25, marca Buick, al servicio de la Universidad de Antioquia, conducido por el chofer Alfonso Ríos, y al cruzar la niña la calzada, de regreso a su casa, fue atropellada por el vehículo, dejándola muerta en el acto, a causa de múltiples fracturas. La menor tenía vida probable de 55 años y el trágico suceso ocasionó a la actora perjuicios morales y materiales, pues además del intenso dolor que le produjo, tronchó la fundada expectativa de un apoyo económico que ella tenía en su hija.

La parte demandada contestó oponiéndose y el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia absolutoria que lleva fecha 23 de junio de 1958, la que apelada por Ana de Jesús Agudelo, fue confirmada por el Tribunal, quien apoyó en últimas su fallo en la existencia de un sobreseimiento definitivo a favor del conductor Ríos, dictado por el Juzgado Superior que

conoció del respectivo proceso penal y confirmado por el Tribunal cuando se consultó. Según la sentencia, dicho sobreseimiento, que parte de la base de que el accidente se debió a imprudencia de la víctima, punto en el cual estuvieron de acuerdo los peritos que participaron en la prueba producida en el sumario, impide la acción civil.

El recurso.

Cuatro cargos dentro de la causal 1ª del artículo 520 se formulan contra la sentencia, y se relacionan por la Corte en distinto orden para guardar la lógica ordenada en el artículo 537 del Código Judicial.

El cargo central es el segundo, que consiste violación, por falta de aplicación, de los artículos 2.356, 2.349, 2.341, 2.342, 1.613 y 1.614 del Código Civil y del artículo 28 del C. de P. P. por errónea interpretación e indebida aplicación.

Según el recurrente, dentro de las tres hipótesis previstas en la última de tales normas no está contenido el caso contemplado en este asunto, de modo que el sobreseimiento referido no puede tener la fuerza que el sentenciador le asigna. Por otro lado, lo que se investigó en aquel proceso fue la culpa penal que difiere de la civil.

El cargo que sigue en importancia es el cuarto y se hace consistir en violación del artículo 2.346 del Código Civil, por infracción directa, ya que el Tribunal sostiene que el accidente obedeció a culpa de la víctima, y como ésta en tal momento sólo contaba nueve años, no podía cometer delito o culpa, a término de la disposición aludida.

Los restantes cargos se basan en violación indirecta de los mismos preceptos señalados en el segundo, a la cual se llegó por error de derecho en la apreciación de la prueba de inspección ocular practicada por la Inspección de Circulación y Tránsito dentro de la instructiva penal, ya que tal medio probatorio y el dictamen pericial respectivo carecen de fuerza de plena prueba en el juicio civil. También se indica como prueba erróneamente apreciada la declaración del testigo Gustavo Monsalve, recibida en el mismo sumario, pues cuando la rindió sólo tenía trece años, de modo que en el proceso civil no era testigo idóneo, así hubiera tenido quince en el momento en que la ratificó.

Se considera:

Incurre en falta de técnica el recurrente al presentar a la vez y en relación con las mismas normas la errónea interpretación y la indebida aplicación, que son dos formas diversas de violar la ley. Se ha repetido por la Corte que la indebida aplicación tiene lugar cuando entendido rectamente un precepto se aplica a hechos o situaciones no previstos o regulados por él; emana, pues, de una equivocación sobre la relación entre el hecho específico legal y el hecho específico concreto. En cambio, la interpretación errónea resulta de que se aplica la norma que regula el caso, pero se le da un alcance distinto al que ella tiene, o sea que el Juez incurre en equivocación en cuanto a su contenido.

La Corte obrando con bastante amplitud, examinará el cargo por el aspecto que mejor convenga al interés del recurso, o sea la indebida aplicación del artículo 28 del C. de P. P., que dice: "La acción civil no podrá proponerse ante el Juez Civil, cuando en el proceso penal se haya declarado por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que ella se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima".

Siendo un tema de indiscutible importancia, ya que ha sido objeto de diversas interpretaciones el ámbito de la norma transcrita, la Sala reproduce la doctrina contenida en la sentencia de 27 de agosto de 1954 respecto al precepto copiado (LXXVIII, 382):

"Este precepto, tomado de la legislación penal italiana, está indicando, **a contrario censu**, que es admisible la acción civil de resarcimiento ante el Juez civil cuando el fallo penal, en cualquiera de las dos especies previstas, deja establecido: que la "infracción" sí se realizó; que el procesado la cometió y que al producirla no estaba cumpliendo un deber o ejercitando una facultad legítima.

"Halla la Corte acertada la crítica que el recurrente hace al entendimiento que el Tribunal da a la palabra **'infracción'** contenida en el preinserto texto legal. Cuando el sentenciador atribuye al vocablo el significado de 'violación' del estatuto penal, y no el de 'hecho' analizable a la luz de tal estatuto para deducir si quien lo comete es o no responsable, deja evidentemente sin sentido los demás supuestos que en el precepto se señalan como preclusivos o impeditivos de la acción

de resarcimiento ante la jurisdicción civil, pues es claro que si 'infracción' se toma como 'violación' de la ley penal, sobraría hablar de que el sindicado no la ha realizado o que si esto ocurrió, no fue en las condiciones eximentes de pena a que se contrae la parte final del artículo 28, ya que estas últimas hipótesis quedarían comprendidas en la primera.

"De esta suerte se desconoce también, para los efectos civiles, el verdadero alcance del artículo 437 del mismo Código, armónico con el otro y que dice: "El sobreseimiento será definitivo: 1º Cuando aparezca que **no se ha realizado el hecho** que dio lugar a la investigación, **o cuando ese hecho no sea constitutivo de delito**; 2º Cuando esté claramente demostrada la inocencia del procesado; y 3º Cuando resulte plenamente demostrado que el hecho se realizó en alguno de los casos enumerados en los artículos 23 y 25 del Código Penal".

"La Corte analiza así el contenido de las citadas disposiciones: a) el artículo 28, que guarda estrecha relación con el transcrito, liberta de responsabilidad civil en el primero de los supuestos que establece el ordinal 1º del artículo 437, porque el hecho no existe; pero no en el segundo de esos supuestos, toda vez que el hecho existe, aunque no con el carácter delictuoso. b) La **inocencia del procesado** sólo se entiende cuando éste no ha cometido el ilícito penal, o cuando no le es legalmente imputable; y a ella se refieren por igual el artículo 28 citado y el ordinal 2º del 437: en estos casos, como es obvio, tampoco puede haber responsabilidad civil de quien resultó indebidamente imputado como autor directo, ni, menos, respecto de quien aquél depende. c) Por último, si el hecho se ejecutó en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima (artículo 28 y ordinal 3º del artículo 437 del C. de P. P., en armonía con el artículo 25 del Código Penal), desaparece asimismo la responsabilidad civil, directa e indirecta. Pero si tal hecho ocurre en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 23 del C. P, (citado en el artículo 437, ordial 3º del Código de Procedimiento Penal), hay que distinguir: si la circunstancia que acompaña al hecho es la insuperable coacción ajena o la sugestión hipnótica o patológica (artículo 23, numeral 1º), no puede ser responsable, penal ni civilmente, sino quien lo determinó a obrar, en virtud del artículo 26 del Código Penal. Pero si ocurren cualquiera de las otras circunstancias enumeradas en el mismo artículo 23 del Código Penal, no es óbice el sobreseimiento definitivo para que prospere la acción civil indemnizatoria posteriormente propuesta ante el Juez civil.

"Como se ve, la exégesis del Tribunal de Cali lleva en todos los casos a sustraer del conocimiento del juez civil hechos que desde el punto de vista penal no comportan sanción, pero que dadas su existencia y sus calidades de ilícitos y de perjudiciales, sin lugar a duda vienen a colocarse en la categoría de simplemente culposos y comprometen, por ende, para su autor, la correspondiente obligación indemnizatoria.

"Además, con la impugnada tesis se aniquilan de un tajo las valiosas conquistas que en la época contemporánea ha alcanzado la jurisprudencia en el orden de la culpa meramente civil, no sólo cuanto a fijar su propia naturaleza, sino también desde el punto de vista probatorio. Esas conquistas, en realidad, establecen notables diferencias entre tal culpa y la penal, pues al paso que la primera se mide, principalmente, en relación al daño que causa, y se prueba, en muchos casos, mediante presunciones legales (v. gr., cuando se responde por otro, o cuando se exterioriza por actividades peligrosas, pudiendo llegar a hacerse indestructible la presunción, como en el evento previsto en el artículo 2354 del Código Civil), la culpa penal, por el contrario, siempre se analiza con criterio subjetivo, teniendo en cuenta la personalidad de quien incurre en ella, y requiere, además, para su eficacia condenatoria, que esté directa y plenamente acreditada en frente del procesado.

"Se cierra el examen del cargo con la transcripción de la crítica que el profesor Eugenio Florián hace sobre la influencia del proceso penal sobre el civil en la legislación italiana vigente, ya que en la materia nuestra propia ley está visiblemente inspirada por aquella otra. Dice así el expositor de Turín:

"Es natural que la resolución del proceso penal en la fase del juicio sea el presupuesto condicionador de la suerte de la relación jurídica de resarmiento de los daños: la condena del procesado es el presupuesto para obtener el resarcimiento del daño; por contra, la sentencia absolutoria puede hacer desaparecer toda razón para el resarcimiento.

"Si la sentencia penal firme es condenatoria, representa el título para la acción civil de resarcimiento del daño (artículo 27), por lo que si ésta se ejercita en el proceso penal, la condena a los daños tiene lugar automáticamente junto con la condena (artículo 489).

"Decimos sentencia condenatoria en sentido técnico-jurídico, ya que la sentencia que impone una medida de seguridad al inimputable o en el caso de frustración (Código Penal, artículos 47 y 115) puede no ser título para el resarcimiento. El nuevo Código ha dejado imprejuzgada la responsabilidad del exento de responsabilidad por razón del delito cometido.

"Si la sentencia del juez penal es absolutoria, **como el resarcimiento es debido aun por el simple hecho ilícito** (Código Civil, artículo 1151), **habrá de tener lugar aquél en cuanto el hecho haya tenido existencia.**

"En cambio, el derecho de resarcimiento se extingue si desaparece o no existe la causa del daño, es decir, cuando el hecho determinador de éste resulte demostrado que no llegó a ser, **o no se prueba**, o esté demostrado que no fue cometido por el procesado o **no existen pruebas de ello.**

"De donde se sigue que la acción de resarcimiento no es proponible en la vía civil cuando exista ya una sentencia sobre la acción penal que haya declarado la inexistencia del hecho, o que el procesado no lo ha cometido, o que no ha participado en su comisión. Jurídicamente, de la sentencia penal de tal tenor surge un **motivo de exclusión de la acción civil** (el subrayado es del autor). Pero si, por el contrario, la absolución del procesado ha sido pronunciada porque el hecho —aun habiéndose realizado o ser el autor de él el procesado— no constituye delito, o éste se ha extinguido por la muerte, prescripción, amnistía, remisión sin reservas de exigir daños, en suma, **por causa que haga desaparecer el delito pero no el hecho, la absolución no es motivo bastante para impedir la acción civil.** El Código vigente, además de estos supuestos tradicionales, ha previsto especialmente el caso de absolución por haber sido el delito cometido en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber, motivo que excluye la punibilidad.

"a) De aquí, pues, un primer motivo de **preclusión de la acción civil** (rayas del autor), en la vía civil, que tiene lugar cuando se declara la absolución: 1) Porque **el hecho** no existe; 2) Porque no ha sido cometido por el acusado, o no existen pruebas suficientes de ello; 3) Porque el hecho ha sido ejecutado en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima (artículo 25)".

"Lo dicho por Florián respecto de la sentencia penal absolutoria en los casos previstos, es aplicable en Colombia, también cuando el sobreseimiento definitivo se funda en los mismos casos".

Como se ve, la jurisprudencia anterior incluye como caso impeditivo para el juicio civil que el hecho dañoso no le haya sido legalmente imputable al sindicado en el proceso penal, de modo que comprende así los eventos en que aquel hecho se deba a fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la víctima, que son precisamente los motivos exonerativos de la responsabilidad civil tratándose de actividades peligrosas. De modo que si el proceso penal termina con absolución o sobreseimiento definitivo basados en que alguna de tales circunstancias quedó comprobada, dicho punto impide la acción civil, tanto directa como indirecta.

Por tal razón la Corte ha dicho también en relación con el mismo artículo 28 citado:

"Pero conviene recordar para evitar erradas interpretaciones que la aplicación de ese precepto legal no debe hacerse mecánicamente y que por el contrario su aplicabilidad está condicionada y limitada en razón de su fundamento mismo a lo que ha sido necesaria y ciertamente definido en la acción pública penal, o a la materia o punto en que coinciden el objeto procesal de ambas acciones, porque lo que la razón de orden público adscrito a la vida del Estado exige es que se evite la contradicción entre sus órganos jurisdiccionales. De aquí resulta que el Juez civil tiene libertad de apreciación o imperio sobre todas esas cuestiones cuando no resultan inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. La sentencia definitiva absolutoria o el sobreseimiento de la misma índole en lo penal, pueden tener su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito, o en que el haz probatorio agregado al proceso criminal no es suficiente para demostrar la intención criminosa del acusado —**animus nocendi**— o en que tales probanzas no acrediten plenamente la comisión del hecho; y en todos esos casos tal sentenciamiento o calificación definitiva no impide la posible prosperidad de la acción civil de resarcimiento, porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o culpa civil o complementar la prueba declarada insuficiente en lo penal, para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habérsele causado en esas especiales circunstancias...".

"En efecto, el hecho físico que se invoca en la demanda como fuente de la indemnización de perjuicios es el mismo que fue materia del proceso penal y la responsabilidad del Municipio se

hace derivar aquí de que ese hecho fue causado por culpa, descuido o negligencia, imprevisión o impericia del chofer... y como sobre ese preciso aspecto de la culpa personal y directa de éste recayó también la decisión absolutoria, se colige claramente que existe una completa identidad o coincidencia entre lo juzgado en la investigación penal y la cuestión de donde en este juicio se hace derivar la responsabilidad de la entidad demandada...

El artículo 2356 del C. C. entraña, como lo ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia, una presunción de culpa, que por consiguiente hecha sobre el autor del daño la carga de probar, para exonerarse de toda responsabilidad, que el accidente ocurrió por fuerza mayor, caso fortuito o por intervención de un elemento extraño...

"Dados los términos en que está concebido ese sobreseimiento definitivo, el cual ha radicado toda la culpa en el acaecimiento del accidente en la propia y exclusiva actividad de la víctima, la justicia civil no podía renovar la consideración y análisis del mismo hecho para deducir a su vez que en su producción existió concurrencia de culpas..., sin incurrir en notoria contradicción con lo anteladamente decidido en forma cierta y necesaria por los jueces penales dentro del radio de su competencia". (LXIV, 449 y siguientes).

De esta manera, como bien lo expresan Planiol y Ripert, refiriéndose a casos análogos a los contemplados por la Corte, "La absolución solamente demuestra la inexistencia de la culpa; pero la presunción de la ley puede descartarse únicamente con la prueba del caso fortuito, de la fuerza mayor o de la culpa de la víctima. La responsabilidad civil del guradián no queda excluída sino cuando la sentencia en lo criminal pone de manifiesto una de esas causas de irresponsabilidad". (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo VI, pág. 924).

Porque no puede olvidarse que la responsabilidad indirecta se funda también en la culpa del agente, de manera que respecto de ésta debe producirse la prueba directa si se trata de actividades no peligrosas, y opera la presunción de culpa reconocida por nuestra doctrina con base en el artículo 2356 del C. C., cuando se trata de actividades peligrosas, de manera que en cualquiera de los dos casos si dentro del negocio penal queda demostrado que lejos de haber existido culpa en la comisión del hecho dañoso en el agente, el insuceso se originó exclusivamente en la culpa de la víctima, este punto queda decidido y no puede ser materia de nuevo debate en el juicio civil, con lo cual desaparece la base de la responsabilidad indirecta.

Por esta razón predica Arturo Alessandri Rodríguez en su obra "La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno": "De ahí que la responsabilidad por el hecho ajeno desaparezca si en el proceso criminal se absuelve o sobresee definitivamente al subordinado o dependiente, por no existir el delito o cuasidelito que se investiga... Por lo mismo las causas eximentes de responsabilidad, tales como la culpa exclusiva de la víctima, el caso fortuito, el estado de necesidad que puede invocar el subordinado o dependiente, aprovechan igualmente a la persona a cuyo cuidado él se encuentra" (pág. 319).

El Tribunal Superior de Medellín el 4 de noviembre de 1955 sobreseyó definitivamente a favor de Alfonso M. Ríos R. respecto al accidente que originó la muerte de Amparo Agudelo, con fundamento en los siguientes considerandos, que a su vez se apoyan en el análisis de varias pruebas, que por cierto se trasladaron a este juicio: "Tanto el señor Juez 3º Superior como su colaborador Fiscal están de acuerdo en negar la responsabilidad del señor Ríos Ramírez a cualquier título que sea. De haber responsabilidad en el sindicado ella sería totalmente a título de culpa. Sin embargo en el presente informativo no es posible hablar siquiera de culpa compensada, ya que para que ésta se presente es menester que haya culpa en el victimario y en la víctima, y vemos, como consta en los autos, que en este caso la hubo sólo por parte de la víctima, ya que el hecho y sus consecuencias fueron absolutamente imprevisibles para el sindicado. Más aún, trató de evitar lo inevitable, ya que viró el automóvil mas no pudo evitar las fatales consecuencias de la imprudencia de la víctima".

Lo expuesto indica que el accidente se causó por culpa de la víctima, de modo que este punto no puede ser planteado ante la justicia civil, lo cual demuestra que el artículo 28 del C. de P. P. no fue indebidamente aplicado, de manera que no se transgredió y el segundo cargo no prospera, ya que las demás infracciones aducidas por el impugnador dependían de la recta aplicación de la norma referida.

Respecto del cuarto cargo de la demanda se observa:

El artículo 2346 del C. C. expresa: "Los meno-

res de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito de culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiere imputárseles negligencia".

Por lo anterior no es pertinente exigir a dichos incapaces la respectiva indemnización, en vista de que no tienen capacidad delictiva o simplemente culposa, pues se suponen faltos de discernimiento; pero se desplaza la obligación indemnizatoria a sus guardianes, los que, sin embargo, pueden exonerarse cuando el actor no logra acreditar que incurrieron en conducta culposa en el cuidado de quienes ocasionaron el daño.

Mas desde el punto de vista de la imprudencia del menor como determinante del accidente la cuestión es distinta, pues no se trata de exigírsele responsabilidad civil o penal, sino simplemente de que su acto fue la única causa del insuceso, lo cual excluye la culpa del autor material del mismo y exonera a éste a través de ambas responsabilidades.

Por tal razón la Corte ha expuesto: "Al tenor del artículo 2346 del C. C. que erradamente le sirvió de apoyo al sentenciador para no tener en consideración el hecho de la víctima, consideró que siendo los menores de diez años incapaces de cometer delito o culpa, en el caso del niño Perdomo Velandia no podía tenerse en cuenta su acto imprudente al situarse sobre los rieles de la carrilera, donde necesariamente habría de pasar el autoferro. Tesis injurídica del Tribunal... porque como lo ha dicho esta Sala en fallo de 15 de marzo de 1941, "en la estimación que el Juez ha de hacer del alcance y forma en que el hecho de la parte lesionada puede afectar el ejercicio de la acción civil de reparación, no hay para qué tener en cuenta el fenómeno de la imputabilidad moral para calificar o no como culpa la imprudencia de la víctima, porque no se trata entonces del hecho fuente de la responsabilidad extracontractual, que exigiría la aplicación de un criterio subjetivo, sino del hecho de la imprudencia simplemente, objetivamente considerado, como un elemento extraño a la actividad del actor". (LXVIII, 48).

Por lo expuesto, el haberse tenido en cuenta el comportamiento imprudente de la víctima en el sobreseimiento penal, vino a configurar el elemento extraño, que es igualmente exculpativo en lo civil, de modo que no hubo violación del artículo 2346 del C. C. y el cargo no prospera.

Los cargos primero y tercero no inciden en la parte resolutiva de la sentencia acusada, pues ya se vio que ésta se funda primordialmente en la influencia del sobreseimiento penal en la presente acción, y sólo a mayor abundamiento menciona la inspección ocular practicada en el respectivo sumario en la cual actuaron peritos cuyo concepto propugna por la imprudencia de la víctima, así como sólo incidentalmente alude a la declaración del menor de catorce años Gustavo Monsalve, que por cierto cuando se ratificó en este juicio, es decir cuando vino realmente a declarar con conocimiento de la parte contraria, ya tenía quince. Por tanto dichas pruebas no fueron determinantes del fallo, el cual sin considerarlas habría tenido el mismo resultado.

Pero hay, algo más: los dos cargos no se amoldan a los principios que gobiernan el recurso extraordinario, pues tratándose de un error de derecho es menester indicar el precepto probatorio transgredido, o sea la violación medio, para llegar luego a la norma sustancial infringida que constituye la violación fin.

Lo expuesto, basta para desechar tales acusaciones.

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín el treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Hernando Morales M. — Enrique Coral Velasco — Ignacio Escallón — José Hernández Arbeláez — Arturo C. Posada — Gustavo Salazar Tapiero — Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

LOS JUECES DE INSTRUCCION CRIMINAL CREADOS POR LA LEY 4ª DE 1943, Y QUE DEPENDEN DE LA RAMA ADMINISTRATIVA DEL PODER PUBLICO, NO SON LOS JUECES DE INVESTIGACION CREADOS POR EL C. DE P. P. PARA LOS CUALES (ESTOS ULTIMOS), SEÑALO DICHO CODIGO IGUALDAD DE CATEGORIAS CON LOS JUECES DE CIRCUITO; SU JUZGAMIENTO, POR TANTO, NO ESTA CONDICIONADO A FUERO ALGUNO EN LAS CAUSAS DE RESPONSABILIDAD QUE SE LES SIGAN. — EN MATERIA DE INSTRUCCION PENAL ES COMPETENTE EL FUNCIONARIO DEL TERRITORIO DE LA JURISDICCION EN QUE EL HECHO TUVO OCURRENCIA. — LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS POR UN FUNCIONARIO DE INSTRUCCION, AUNQUE NO SEA EL COMPETENTE DE ACUERDO CON LO QUE ESTABLECE EL ART. 62 DEL C. DE P. P., NO SON NULAS

1. — Ciertamente, constituyendo el fuero un privilegio de que gozan algunas personas para llevar sus causas a determinados organismos de la Jurisdicción y debiéndose aceptar que las normas sobre competencia son de restrictiva interpretación, lo cual rechaza cualquier extensión analógica que permitiría que un dañoso arbitrio judicial diera a los falladores facultades que la Ley no les ha señalado, es del caso concluír en que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial carecen de competencia para conocer, en primera instancia, "de las causas de responsabilidad que se sigan..." a los Jueces de Instrucción Criminal, dependientes de la rama ejecutiva del Poder Rúblico, con funciones únicamente auxiliares de la Jurisdicción Penal y creados por la Ley 4ª de 1943 (artículo 30), pues el ordinal 1º del artículo 44 del C. de P. P. solamente establece dicho fuero para los Jueces Superiores y para los Jueces de Circuito.

Y si bien el artículo 40 del C. de P. P. establece que "los Jueces de Instrucción Criminal tendrán categoría igual a la de Juez de Circuito", es lógico que esta norma hace relación con los jueces que dicho Código de Procedimiento Penal creaba, conforme a lo previsto en el artículo 36 y que disponía que fueran "nombrados por los respectivos Tribunales Superiores de Distrito Judicial para períodos de dos años" (artículo 38 ibidem), mandatos estos suspendidos por el artículo 1º del Decreto Legislativo número 1111 de 1938.

La Ley 4ª de 1943, al crear los funcionarios de instrucción penal a que dicho estatuto se refiere, no señaló que tendrían categoría igual a la de Juez de Circuito, sino que solamente tomó en cuenta, para reproducirlo, el contenido del artículo 37 del C. de P. P., indicando que "para ser Juez de Instrucción Criminal se requieren las mismas condiciones que se exigen a los Jueces de Circuito...".

2. — Una cosa es la competencia para el juzgamiento, la que se determina no sólo por razón del territorio sino asimismo por razón de la materia y de las personas sometidas a fuero, y otra la facultad para instruír en los procesos penales, la que se señala por el territorio de la jurisdicción del respectivo funcionario judicial. En consecuencia, la instrucción adelantada por un Tribunal Superior contra un Juez de Instrucción Criminal juzgable por los Jueces Penales de Circuito, no es nula, dándose la ocurrencia del hecho dentro del territorio de su Distrito Judicial.

3.—De lo previsto en el artículo 69 del C. de P. P. se desprende que las diligencias practicadas por un funcionario de instrucción, aunque no sea el competente de acuerdo con lo que establece el artículo 62 del mismo Código, no son nulas, pues en esa disposición se dice que "si la colisión de competencias se provoca durante la investigación sumaria, no se suspenderá ésta mientras se decide el incidente, ni se anulará lo actuado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

VISTOS:

Por denuncia que formulara el señor Pedro María Iglesias Silgado contra el doctor **Francisco Marrugo Llamas** por el delito de Detención Arbitraria, fue adelantado este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena (luego de que declaró nulo lo actuado por el Juez 1º Penal del Circuito de la misma ciudad, quien primeramente conoció del mismo negocio), del cual se consideró competente de acuerdo con lo previsto en el ordinal 1º del artículo 44 del C. de P. P., atendiéndose a que el sindicado desempeñaba las funciones de Juez 39 de Instrucción Criminal y los hechos tuvieron ocurrencia con oportunidad del ejercicio de su cargo.

Pero al calificar el mérito de la investigación, en providencia del día 6 de agosto de 1958 el Tribunal Superior de Cartagena, con fundamento en el artículo 200 del C. de P. P., declaró "la nulidad de lo actuado... a partir del auto cabeza de proceso, de fecha 22 de enero..." de 1957... "inclusive y..." dispuso que el expediente fuera enviado al juez competente, para los efectos legales.

De esta providencia apeló el señor apoderado de la parte civil, en razón de lo cual entra ahora la Corte a resolver lo que corresponde.

Concepto del Ministerio Público

Solicita el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que sea confirmada la providencia objeto del recurso, pues ella, dice "tiene el más pleno respaldo jurídico y doctrinario", ya que, agrega, "los Jueces de Instrucción Criminal, por carecer de fuero especial, pues la ley no se lo ha concedido de manera expresa, deben ser juzgados en primera instancia por los Jueces de Circuito y en segunda por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial", en las causas de responsabilidad que se les sigan, como el evento delictivo de que aparece procesado el doctor Marrugo Llamas y a que se ha hecho referencia.

Se considera:

Ciertamente, constituyendo el fuero un privilegio de que gozan algunas personas para llevar sus causas a determinados organismos de la Jurisdicción y debiéndose aceptar que las normas sobre competencia son de restrictiva interpretación, lo cual rechaza cualquier extensión analógica que permitiría que un dañoso arbitrio judicial diera a los falladores facultades que la Ley no les ha señalado, es del caso concluír en que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial carecen de competencia para conocer, en primera instancia, "de las causas de responsabilidad que se sigan..." a los Jueces de Instrucción Criminal, dependientes de la rama ejecutiva del Poder Público, con funciones únicamente auxiliares de la Jurisdicción Penal y creados por la Ley 4ª de 1943 (artículo 30), pues el ordinal 1º del artículo 44 del C. de P. P. solamente establece dicho fuero para los Jueces Superiores y para los Jueces de Circuito.

Y si bien el artículo 40 del C. de P. P. establece que "los Jueces de Instrucción Criminal tendrán categoría igual a la de Juez de Circuito", es lógico que esta norma hace relación con los jueces que dicho Código de Procedimiento Penal creaba, conforme a lo previsto en el artículo 36 y que disponía que fueran "nombrados por los respectivos Tribunales Superiores de Distrito Judicial para períodos de dos años" (artículo 38 ibidem), mandatos éstos suspendidos por el artículo 1º del Decreto Legislativo número 1111 de 1938, que estableció lo siguiente:

"Mientras se apropian las partidas para atender al pago de los funcionarios que deben crearse, a fin de dar cumplimiento a los artículos 33, 34, 35 y 36 del Código de Procedimiento Penal, los Tribunales Superiores y los Jueces de Circuito continuarán conociendo de los negocios penales, tanto para la instrucción como para el fallo, en la forma en que actualmente conocen".

Y el artículo 36 del C. de P. P., ya citado y a que se refiere la disposición transcrita, dispone que "en cada Distrito Judicial Penal habrá tantos Jueces de Instrucción Criminal cuantos correspondan a la población del Distrito, a razón de uno por cada cuarenta mil habitantes".

De otra parte, la Ley 4ª de 1943, al crear los funcionarios de instrucción penal a que dicho estatuto se refiere, no señaló que tendrían categoría igual a la de Juez de Circuito, sino que solamente tomó en cuenta, para reproducirlo, el contenido del artículo 37 del C. de P. P., indicando que "para ser Juez de Instrucción Criminal se re-

quieren las mismas condiciones que se exigen a los Jueces de Circuito...".

No era, por tanto, competente el Tribunal Superior de Cartagena para conocer de la primera instancia del proceso seguido contra el Juez 39 de Instrucción Criminal, doctor Francisco Marrugo Llamas y, por consiguiente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 200 del C. de P. P., en concordancia con el ordinal 1º del artículo 198 de la misma obra, es nulo lo actuado en dicho negocio, pero no a partir del auto cabeza de proceso, como lo declara el Tribunal Superior de Cartagena en la providencia recurrida, sino desde el auto del 24 de mayo de 1958, por el cual se declaró cerrada la investigación penal.

Esto último, por cuanto dicho Tribunal Superior, como funcionario de instrucción que es (ordinal 2º del artículo 60 del C. de P. P.), sí tenía competencia para investigar los hechos imputados al doctor Marrugo Llamas, pues no existe ninguna limitación legal a sus facultades en esta materia.

En efecto:

El artículo 62 del C. de P. P. expresa que "salvo disposición en contrario..." (y para el presente asunto no existe)... "el funcionario de instrucción ejercerá sus funciones solamente dentro del territorio en que tenga jurisdicción. Conocerá, por consiguiente, de la instrucción de los sumarios referentes a infracciones cometidas dentro de ese territorio, o a aquellas que cometidas en otro lugar deban juzgarse en el Distrito Judicial o Circuito en que el funcionario actúe".

Y si el Tribunal Superior de Cartagena entendió, primeramente, tener competencia para conocer de este negocio, razón por la cual adelantó la investigación penal correspondiente, no por resultar que realmente no tiene competencia para conocer de la primera instancia debe desprenderse (como lo cree dicha Corporación) que sea nula la investigación que llevó a cabo, si se tiene en cuenta que el fuero consagrado en el ordinal 1º del artículo 44 del C. de P. P. hace referencia con los actos de juzgamiento, que ese es el alcance del verbo "conocer" y no con los de la simple instrucción penal.

Si se aceptase que la instrucción penal que llevara a cabo un funcionario de la rama jurisdiccional del Poder Público, con facultad para adelantarla por ceñirse a lo previsto en el artículo 62 del C. de P. P., resultase nula por no ser el magistrado o juez competente para el juzgamiento, se llegaría al absurdo de que solamente el juez competente para el fallo sería el facultado para adelantar la instrucción penal, lo cual implicaría la necesidad de determinar, previamente, cuál funcionario judicial es el competente para el juzgamiento a fin de poder proponer la acción penal que permite, precisamente, mediante la investigación respectiva, determinar esa competencia para el fallo, cuando de las pruebas allegadas se establezca de qué violación penal se trata y quién o quiénes resultan responsables y si para alguno de estos existe el privilegio de fuero.

Si tal conclusión fuese aceptada, habría que pensar, asimismo, en que no quedarían con función alguna los Jueces de Instrucción Criminal.

De otra parte y de acuerdo con el artículo 62 del C. de P. P., que se ha transcrito, el funcionario de instrucción (y lo son los magistrados, jueces y demás funcionarios a que se refiere el artículo 60 de la misma obra y los que menciona el Decreto Legislativo número 1111 de 1938, en sus artículos 1º y 2º) puede adelantar averiguaciones en relación con delitos cometidos en el territorio de su jurisdicción, sea o no competente para el fallo en esos procesos, pues cuando el C. de P. P. se ocupa de la determinación de la competencia por la naturaleza del hecho (Capítulo II, del Título II, del Libro 1º), y expresa que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial "conocen" de... (artículo 44 del C. de P. P.), no quiso con esta expresión verbal referirse, igualmente, a la competencia para la instrucción, la cual se desprende de lo indicado en el artículo 62 de la misma obra, varias veces citado, que la señala sólo tomando en cuenta el territorio de la jurisdicción.

Aún más:

De lo previsto en el artículo 69 del C. de P. P. se desprende que las diligencias practicadas por un funcionario de instrucción, aunque no sea el competente de acuerdo con lo que establece el artículo 62 del mismo Código, no son nulas, pues en esa disposición se dice que "si la colisión de competencias se provoca durante la investigación sumaria, no se suspenderá ésta mientras se decide el incidente, ni se anulará lo actuado"

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo en

parte con el concepto del Ministerio Público, CONFIRMA la providencia recurrida, con la salvedad de que la nulidad de lo actuado en el proceso penal a que se refiere dicho proveído existe, sólo, desde el auto de veinticuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, por el cual se declaró cerrada la investigación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase este proceso al Tribunal Superior de Cartagena.

Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barrera Domínguez — Luis Eduardo Mejía Jiménez— Simón Montero Torres — Agustín Gómez Prada, Conjuez.—**Gustavo Rendón Gaviria — Pioquinto León,** Secretario.

EN LOS JUICIOS CON INTERVENCION DE CONSEJOS DE GUERRA VERBALES, LA RESOLUCION QUE ORDENA CONVOCARLOS EQUIVALE AL AUTO DE PROCEDER.—SI DESPUES DEL VEREDICTO DEL JURADO SE DESCUBRE QUE EN EL AUTO DE CONVOCATORIA DEL CONSEJO DE GUERRA VERBAL SE INCURRIO EN ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DEL DELITO, LO PROCEDENTE ES DECLARAR LA NULIDAD DE LO ACTUADO A PARTIR DE DICHO AUTO Y NO LA CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO. — EL NUEVO CODIGO CASTRENSE, A DIFERENCIA DEL ANTERIOR, NO DISTINGUE LA REBELION COMO DELITO PURAMENTE POLITICO, SUSCEPTIBLE DE SER COMETIDO POR PARTICULARES PERO SOMETIDO AL PROCEDIMIENTO CASTRENSE, DE LA REBELION COMO ILICITO TIPICAMENTE MILITAR

1.—Dado el especial trámite a que están sometidos los Consejos de Guerra Verbales en los cuales no hay propiamente calificación del sumario ni auto de enjuiciamiento, puesto que la actuación virtualmente se inicia con la resolución que ordena convocar el Consejo, para determinar si en los autos se ha producido la nulidad consistente en HABERSE INCURRIDO EN ERROR RELATIVO A DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION (prevista en la causal 2ª, artículo 235 del Decreto 1125 de 1950 y 2ª del artículo 441 del Decreto 0250 de 1958), necesariamente hay que referir ese error a la Resolución que ordena la convocatoria del Consejo de Guera Verbal.

2. — Si en los procesos de la jurisdicción penal militar se descubre luego del veredicto del jurado, que en el auto de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal se incurrió en error en la denominación jurídica del delito, lo que corresponde es declarar la nulidad de lo actuado a partir de dicho auto y no la contraevidencia del veredicto.

3.—No distingue el nuevo Código Castrense (Decreto Legislativo 0250 de 1958), a diferencia del anterior, la REBELION como delito puramente POLITICO, susceptible de ser cometido por particulares pero sometido al procedimiento castrense, de la REBELION como ilícito típicamente militar. En ambos casos el hecho atenta contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado, y simplemente preceptúa (artículo 124) para el caso de ser MILITARES los rebeldes, que "las penas señaladas en este Capítulo se aumentarán hasta el doble".

En cambio, frente al decreto 1125, la REBELION, SEDICION Y ASONADA, si los agentes no son militares, atentan contra el interés jurídico enunciado; si son miembros del Ejército, esos delitos afectan "la disciplina de las fuerzas militares" (Título IV, Libro Segundo). Y en este Título no hay disposición alguna referente a los actos de CONSPIRACION o conatos de rebelión, sedición o asonada, que sólo fueron previstos en el Título Tercero.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria)

Vistos:

Contra la sentencia de 9 de diciembre de 1958, proferida por el Tribunal Superior Militar en el proceso seguido contra **Eugenio Valencia** —Sargento 2º del Ejército— por medio de la cual se le condenó a la pena principal de veinticinco (25) meses de prisión y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de **rebelión militar**, su defensor interpuso el recurso extraordinario de casación.

De su mérito va a decidirse, cumplida como está la tramitación propia del recurso.

HECHOS:

Aparecen relatados con toda brevedad en la sentencia recurrida, así:

"Da cuenta este proceso de que en los primeros días del mes de mayo de 1957 el Capitán José Almario P., Comandante del Batallón de Infantería de Aviación de la Base Aérea de Palanquero, fue informado por el Soldado Jairo Cadavid de que el Sargento 2º Eugenio Valencia, perteneciente a esa unidad, había manifestado a tal soldado el deseo de solucionar los problemas nacionales y que, para ello, pretendía asumir el control de la Base, impidiendo la salida de los aviones, con lo que provocaría la caída del Gobierno, en prorura de otro más justo y honrado. El Capitán Almario dio traslado de esas informaciones al Comandante de la unidad operativa, Mayor Armando Urrego, quien en asocio de un grupo de ofiales tomó las decisiones del caso. Se dio oportunidad para que el Sargento Valencia avanzara en sus gestiones y, con tal fin se autorizó a los soldados Jairo Cadavid y Alirio Mayor Mazuera para que le fingieran adhesión y así descubrir las conexiones que pudieran existir tanto dentro del personal uniformado como en el de civiles. De tal modo se supo que el sargento Valencia había establecido contacto con los soldados Primo Santos Corrales, Carlos Arturo Echeverri Vargas, Jorge Enrique Potes y Gilberto Ortiz Manrique.

"Estos hechos dieron lugar a la convocatoria de un Consejo de Guerra Verbal que juzgó a los sindicados por el delito de rebelión. El veredicto de aquella oportunidad (18 de mayo de 1957) fue unánimente condenatorio para el Sargento Valencia y para los soldados Jorge Enrique Potes, Carlos Arturo Echeverri Vargas y Primo Santos Corrales y absolutorio, por mayoría de votos, para Gilberto Ortiz Manrique. El Juez de primera instancia dictó sentencia acorde a los veredictos, la que, apelada ante este Tribunal, sufrió revocación por considerarse contraria a la realidad procesal la veredicción condenatoria.

"Realizado el nuevo Consejo de Guerra Verbal consiguiente, a partir del 29 de enero del año que corre, concluyó con veredictos así: condenatorio para Eugenio Valencia por unanimidad; y condenatorio, por mayoría para los soldados Jorge Enrique Potes, Carlos Arturo Echeverri Vargas y Primo Santos Corrales.

"El fallador de primer grado dictó la sentencia visible a folios 258 y siguientes, del 10 de febrero último, de cuya apelación conoce ahora este Tribunal y mediante la cual se impusieron las penas siguientes: cincuenta meses de presidio y las acceosrias correspondientes al sargento 2º Eugenio Valencia, por el delito de rebelión militar y seis meses de arresto con las accesorias correspondientes, a los soldados Jorge Enrique Potes, Primo Santos Corrales y Carlos Arturo Echeverri Vargas, por el delito de encubrimiento".

DEMANDA DE CASACION

"Acuso la sentencia de fecha nueve (9) de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) proferida por el Honorable Tribunal Superior Militar —dice el demandante— con base en las causales Cuarta y Primera del artículo 567 del Código de Procedimietno Penal, que son las mismas establecidas por el artículo 153 del Decreto 2.900 de 1953".

Como es la causal cuarta la que en primer término invoca el recurrente, de ella y de las razones que la sustentan debe ocuparse con prioridad la Sala, pues de admitirse, no hay lugar a examinar la otra causal cuyo enunciado necesariamente presupone un proceso purgado de nulidades.

Causal Cuarta.—"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad" (Ordinal 4º, artículo 567 del C. de P. P.).

Para demostrarla el demandante razona en estos términos:

"La sentencia se produjo en un juicio viciado de nulidad puesto que existe un error en la denominación jurídica de la infracción; en efecto se trata en este proceso de una posible conspiración y no del delito de rebelión.

"LA PRUEBA

"Como la causal cuarta estriba en un error en la calificación genérica del delito, necesario se hace saber, que establecen las probanzas allegadas a los autos, si ellas nos indican una violación de la ley penal y cuál denominación les da el Código Penal o el Código Penal Militar.

"En realidad no contamos sino con declaraciones e indagatorias. Los declarantes, soldados de la Base nos dicen lo siguiente:

"**Jairo Cadavid,** relata que un día del mes de mayo de 1957, estuvo en el Casino de Suboficiales con el Sargento Valencia y éste empezó a sondearle sobre su política y la de su familia, pero él le expresó que existían de todas las filiaciones. Posteriormente, el seis de mayo, lo invitó hacia el lado del 'Gimnasio' y allí le expresó que no se

hallaba conforme ni de acuerdo con el Gobierno, y que tenía un plan para apoderarse de la base sin que hubiera sangre. Le expresó que necesitaba de él, Caidavid, le pusiera en la Guardia determinnado personal cuando estuviera prestando el servicio de Comandante de Guardia, a fin de que pudiera entrar personal civil a la base. Resolvió entonces comunicarle ese hecho al Capitán Almario y éste les dio instrucciones, a fin de que le siguieran la idea a Valencia y lo vigilaran, como en efecto lo hicieron con el soldado Alirio Mayor Mazuera. En otra ocasión Valencia le dijo a Cadavid que chequeara las comunicaciones telefónicas entre el Comandante de la Base y el Capitán Almario, se aprediera de memoria los informes de orden público y le ofreció hacerlo su segundo.

"**Alirio Mayor Mazuera,** relató en su injurada que después de recibir la orden del Capitán Almario en relación con Valencia, éste le preguntó si el soldado Cadavid lo había enterado de los planes y le expresó que lo que más le interesaba eran los fusiles ametralladoras, refiriéndose al mismo tiempo que había estado observando el terreno por el cual podrían entrar civiles; explicó que el móvil no eran las bajas pasiones sino su patriotismo y le advirtió que debía tener cuidado para que no se enteraran los Superiores.

"**Gilberto Ortiz Manrique,** declara que en una conversación que tuvieron con Valencia entre el tres y cuatro de mayo, en la cual Valencia habló de la situación económica y a manera de ejemplo dijo que la Base era fácil de tomar, apresando a los oficiales, cortando el Oleoducto, tomando la radiodifusora de Honda, armando la gente hambreada y lanzando hojas volantes para quitar el asunto de política. El testigo le preguntó si estaba seguro del éxito respondiendo Valencia que sí, a la vez le solicitó guardar reserva y lo previno de la existencia de detectives entre los militares.

"**Carlos Arturo Echeverri,** declara que fue llamado por el sargento Valencia y después de preguntarle si era macho, le dijo que necesitaba cien hombres de confianza, para poner un control en la Base, pero no en asuntos relacionados con política. El testigo entendió se trataba de cuestiones relacionadas con el servicio.

"**Hermes Ospina,** solamente refiere que Valencia le ofreció a él y a Carlos Restrepo, si querían ser Dragoneantes, pero ellos se apresuraron a manifestarle que solamente deseaban prestar el servicio y retirarse, y Valencia comentó sobre la situación de orden público.

"**Hermes Manrique,** declara que Valencia le expresó que tenía un plan para apoderarse de la Base, proponiéndole le ayudara pero él rechazó la insinuación.

"**Rafael Góngora** y **Gustavo López,** apenas se refieren al hecho de que Valen,cia comentó o expresó su inconformidad con el Gobierno de las Fuerzas Armadas.

"**Jorge Enrique Potes,** en la indagatoria refirió que el día siete de mayo cuando estaba en el Casino de Soboficiales, el sargento Valencia lo invitó a salir y una vez afuera le expresó que si él era macho y le refirió que tenía un plan para atacar la Base, pues contaba con todos los soldados y que lo hacía por el bien de la Patria. El se negó rotundamente a colaborar y entonces Valencia le pidió guardar el secreto.

"**Primo Santos Corrales,** dice que el siete de mayo cuando el personal se acostó, salió con el sargento, quien después de un preámbulo sobre lo duro que estaba la vida, le pidió que no se alarmara, pues le contaba que tenía un plan para atacar la Base que se desarrollaría apresando a los oficiales, pidiéndole colaboración pero él le manifestó que eso era muy peligroso y se retiró a cine.

"El civil **Gustavo López Ramírez** relata que estuvo llevando un neumático para bicicleta al sargento Valencia el ocho de mayo y estuvieron hablando de pagos y otras cosas, habiéndole dicho que ojalá hubiera un Gobierno que oyera los reclamos. Nada más.

"**Isifro Melo,** dice que nada habló con el Sargento Valencia, ni tuvo conocimiento de los hechos que se investigan.

"Finalmente tenemos la indagatoria del Sargento 2º **Eugenio Valencia** en la cual confiesa que movido por sentimientos de patriota, se 'atrevió' a pensar que tomando la Base produciría un cambio de Gobierno. Para esto lo primero que hizo fue ponerse en contacto con los soldados Potes, Cadavid, Mayor y Echeverri, pero éstos no se comprometieron porque sintieron miedo. Dentro de la idea que tenía, pondría patrullas en las casas de los oficiales y en las dependencias de los aviones a fin de inmovilizar éstos, y como una

vez tomada la Base entrarían las demás armas, el Gobierno tendría que caerse. Explica que desde luego tendría que conseguir unos cien hombres adictos para poder poner en ejecución el plan.

"**Carlos Arturo Echeveri**, a quien se indagatoria también, vuelve nuevamente a afirmar que cuando Valencia le dijo que necesitaba cien hombres de confinza, él estimó que era para un servicio en la Base y que no conversaron nada más.

"No hay motivo de tacha en los testigos y dada su sencillez personal y el respeto que generalmente tienen por asuntos como los investigados, aceptamos, siguiendo los principios de crítica testimonial, aquello que nos dicen, desde luego, defectuoso por la poca comprensión mental connatural en ellos.

"Tenemos así, que se prueban los siguientes hechos:

"El Sargento Valencia concibió la idea de un cambio de Gobierno movido por sentimientos altruístas y creyó que se podía realizar tomándose la Base Militar donde prestaba sus servicios, para que ese movimiento se contagiara y el Gobierno se viera precisado a abdicar. Concebido el plan, absurdo o no, vio como medio de realizarlo conseguir por lo menos cien hombres leales a esa idea, para luego operar, es decir, producir el levantamiento y conversó sobre su idea con Cadavid, Mayor, Ortiz Martínez, Potes y Corrales, los dos primeros, luego de negarse dieron el aviso a su superior inmediato, y los otros no aceptaron la propuesta.

"Debemos tener en cuenta que los restantes declarantes e indagados nos refieren que Valencia hablaba de que no le gustaba el Gobierno y se quejaba de él, pero concretamente ninguna propuesta les hizo en relación con los planes que tenía en la mente.

"Establecidos estos hechos conforme a la prueba, valorémoslos jurídicamente, para establecer si ellos estructuran un delito y en caso afirmativo cuál delito sería y su denominación conforme a la ley sustantiva.

"EL DELITO

"Al Sargento Eugenio Valencia se le condenó por el delito de REBELION MILITAR.

"En el mes de mayo de 1957, se hallaba vigente el decreto 1125 de 1950, que en su artículo 138 establecía: 'Cometen el delito de rebelión militar y quedarán sujetos a las sanciones que en seguida se expresan:

" '1º—Los militares en servicio activo que promuevan, encabecen o dirijan un alzamiento en armas, para derrocar el Gobierno legítimamente constituído o para cambiar o suspender en todo o en parte el Régimen Constitucional existente, incurrirán en presidio de cuatro (4) a diez (10) años...'.

"Este delito de rebelión militar, está considerado por la ley vigente entonces, como un delito contra la disciplina de las Fuerzas Armadas.

"Pero el Decreto 1125 de 1950, también trae el artículo 134 que sanciona el delito de rebelión, pero no militar, en los siguientes términos: 'Cometen el delito de rebelión y quedarán sujetos a las sanciones que en seguida se expresan:

" '1º—Los que promuevan, encabecen o dirijan un alzamiento en armas para derrocar el Gobierno Nacional, legalmente constituído, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, o en lo que se refiere a la formación, funcionamiento, renovación de los poderes públicos u orgánicos de la soberanía, incurrirán en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y en multa de quinientos ($ 500.00) a cinco mil pesos ($ 5.000.00).....'

"Esta tipificación, más amplia por cuanto comprende más situaciones posibles que se pueden presentar, especialmente en cuanto hace relación al móvil o finalidad de los actos, es un ilícito 'contra el Régimen Constitucional y contra la Seguridad Interior del Estado'.

"Si examinamos la letra de las normas, tenemos que concluír, que es común un elemento esencial, es a saber: que es necesario que se promueva un alzamiento en armas, o que se encabece o dirija un alzamiento en armas, con finalidad concreta.

"No difiere el Código Penal Común, en este elemento como lo podemos observar en el artículo 139. 'Los que promuevan, encabecen o dirijan un alzamiento en armas para derrocar el Gobierno Nacional, legalmente constituído, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, en lo que se refiere a la formación, funcionamiento o renovación de los Poderes Públicos u orgánicos de la soberanía, quedarán sujetos a prisión de seis meses a cuatro años, a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y a la multa de quinientos a cinco mil pesos'. Los.....'

"Tanto la doctrina como la jurisprudencia ha

recogido los caracteres clásicos esenciales y tradicionales para el delito de rebelión, que son alzamiento público, concurrencia de personas más o menos organizadas, existencia de un propósito y concurrencia de objetivos de determinada naturaleza.

"En las locuciones 'promover', encabezar o dirigir, caben tanto los que han preparado el alzamiento armado, como los que lo proyectan en **circunstancias no previstas con anticipación**, pues si existen tales circunstancias previstas y no se produce el alzamiento, se estaría dentro de otra figura jurídica.

"PROMOVER académicamente es 'iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro' y **'encabezar'** es 'guiar, conducir, dirigir' y por lo tanto el promotor o dirigente no puede confundirse con el instigador como no puede confundirse con la **invitación** a levantarse en armas. De ahí porqué si la rebelión no se verifica el promotor vinculado a ella estaría dentro de una forma especial de instigación.

"MANZINI define así: PROMOTORES son aquellos que han ideado la empresa delictuosa, esto es, que han tomado su iniciativa, consiguiendo persuadir a otros de la oportunidad de realizarla'.

"ORGANIZADOR 'es quien, aun sin haber tenido la idea creadora de la empresa delictuosa, se ha ocupado de prepararla, desarrollando su proyecto, haciendo su propaganda, reclutando satélites, instruyéndolos, preparando medios de actuación, etc.'

"DIRIGENTES 'son aquellos que, aun sin haber tenido una de las partes indicadas o sin parcipar de presencia en la actividad ejecutora, han realizado en cualquier forma una actividad ordenadora, absoluta o limitada respecto de los participantes que ha entrado en la acción'.

"Tenemos así, que el promover, encabezar o dirigir, van ligados indisolublemente al alzamiento en armas, y no existiendo el alzamiento, ya no se tipifica la figura de rebelión, sino cualquiera otra si se reúnen los elementos esenciales que puedan estructurarla.

"LA OTRA FIGURA JURIDICA

"Tanto el Código Penal Común en su artículo 145, como el decreto 1125 de 1950, en su artículo 130, consagraron lo que tradicionalmente se ha llamado por la doctrina, complot o conspiración.

" 'Los que se concertaren para cometer delitos de rebelión, o sedición o asonada, si los proyectos delictuosos fueren descubiertos antes de iniciarse los actos consumatorios, incurrirán en las mismas penas fijadas para estos delitos si se hubieren consumado, disminuídas hasta la mitad'. (Artículo 130 del decreto 1125 de 1950).

"Y el artículo 145 del Código Penal Común, dice: 'Los que se concertaren para cometer los delitos de rebelión o sedición, quedarán sujetos a confinamiento por seis meses a tres años y en multa de ciento a dos mil pesos, si los proyectos criminosos fueren descubiertos antes de iniciarse los actos ejecutivos'.

"La diferencia entre las dos normas legales reside, aparte de la pena, en que en la primera se puede concertar también para el delito de asonada y en la segunda no; y además que en la primera, en forma menos técnica se habla de los proyectos delictuosos y de actos consumativos, en tanto que en la segunda se requieren son actos criminosos y actos ejecutivos.

"En todo caso tienen los mismos elementos tipificadores, y si en realidad el pensamiento, cuando apenas es concretado en actos preparatorios, en general no se sanciona penalmente, es posible que dada la gravedad del caso, el legislador y en general la doctrina admita su punibilidad.

"La locución 'concertar' fue un sustituto de la palabra 'conspirar', que no son otra cosa que convenir algo, pactar, ponerse de acuerdo.

"Se requiere pues una voluntad de obrar, y que esta voluntad sea común con otra voluntad dirigida en el mismo sentido, y que ese pacto de voluntades, sea conocido o descubiero antes de que el delito, sea de rebelión, sea de sedición o asonada se produzca o empiecen los actos consumativos.

EL HECHO

"Siguiendo estas nociones generales, muy conocidas y con mejor profundidad por la Honorable Corte, al hacer aplicación a los hechos realizados por Valencia, tenemos lo siguiente:

"No pudo cometer el delito de rebelión militar porque no promovió o encabezó o dirigió un alzamiento, sino que simplemente **invitó** a varios soldados a formar parte de sus ideas; él no proyectó en circunstancias no previstas con anticipación, sino precisamente en eso consistía el plantamiento ideado, en crear y esperar las circunstancias, es decir, no promovió, ni encabezó ni dirigió y mucho menos un alzamiento en armas, por la sencillísima razón de que el alzamiento en ar-

mas, no se produjo, o por lo menos no está demostrado en los autos.

"Afirmo, que si Eugenio Valencia pensó en un plan para cambiar el Gobierno y alcanzó a contar su plan a Cadavid, sin que éste aceptara, apenas habría **conspiración.**

"En efecto, ideó un plan para tomar por la fuerza la Base y derrocar el Gobierno, es decir para consumar un delito de rebelión militar, pero como según el mismo Valencia lo manifiesta y lo acreditan Cadavid y Mayor en sus declaraciones, inmediatamente Valencia les puso en conocimiento sus proyectos, los comunicaron al superior, fueron descubiertos.

"Las siguientes actividades de Valencia, es decir el hecho de haber comunicado a otros soldados su plan con la mira de que ingresaran a él, tuvieron ocurrencia cuando ya Cadavid había descubierto las actividades de Valencia y sus propósitos, luego no podía producirse cosa distinta de la creada y la situación jurídica no puede modificarse.

"Relacionando los hechos probados y ejecutados por Valencia, con la doctrina y la ley, hemos de concluír que Valencia no cometió y no podía cometer el delito de rebelión militar por el cual fue condenado.

"Los hechos probados, conforme a los testimonios y confesiones, establecen que el delito consumado por Valencia lo fue el llamado doctrinariamente 'conspiración' o 'complot' y que se halla sancionado por los Códigos Penal y Penal Militar (artículos 145 y 130).

ERROR EN LA DENOMINACION

"Se sentenció al sargento 2º Eugenio Valencia por REBELION MILITAR, delito comprendido dentro del decreto 1125 de 1950 en el Título Cuarto que se denomina DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA DE LAS FUERZAS MILITARES y hemos dejado establecido que la infracción consumada por Valencia es la violación del artículo 130 del mismo decreto que se halla en el Título Tercero que se denomina 'DELITOS CONTRA EL REGIMEN CONSTITUCIONAL Y CONTRA LA SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO', sin que pueda predicarse, que el artículo 130 sea disposición común o comprenda también la rebelión militar, como quiera que estas normas están en Títulos distintos.

"El artículo 235 del decreto 1125 de 1950, establece que son causales de nulidad en los procesos penales militares:

'2ª—Haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable, su grado o calidad de militar, o al nombre o apellido del ofendido'.

"Si el hecho por el cual fue juzgado y sentenciado Valencia se le denominó 'rebelión militar' como aparece en la sentencia de primer grado (folios 110 a 122) y en la acusada proferida por el Honorable Tribunal Militar (folios 291 a 304) y el hecho probado está sancionado por el artículo 130 del decreto 1125 de 1950, la denominación jurídica que ha debido darse era la correspondiente a 'delito contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado' porque esta es la denominación que le da la ley.

"Es tanto más evidente el error, si atendemos a que el delito de rebelión militar es un delito contra la disciplina y el delito llamado conspiración o complot, es contra la seguridad interior del Estado; el segundo de orden político y el otro de orden militar.

"Así, pues, respetuosamente os solicito que con base en los modestos razonamientos planteados en esta demanda, caséis la sentencia condenatoria de fecha nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, proferida contra el sargento Eugenio Valencia por el delito de 'rebelión militar', con base en la causal cuarta, consagrada en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, hoy aplicable y en el artículo 153 del decreto 2900 de 1953, vigente al tiempo del hecho".

RESPUESTA DEL PROCURADOR

El señor Procurador Delegado de las Fuerzas Armadas, al contestar el traslado coadyuva la demanda y pide de la Corte "que se case el fallo recurrido con base en la causal cuarta del artículo 567 del C. de P. P., ya que es ostensible el error jurídico en que se incurrió en la denominación del delito que le fue imputado a Valencia".

Son sus razonamientos de fondo:

"Es incuestionable para el Ministerio Público que efectivamente se incurió en un error respecto del delito por el cual fue sentenciado **Valencia,** pero no porque éste hubiera cometido el delito de conspiración como lo afirma su apoderado sino por hallarse su caso contemplado en el artículo 133 del Decreto 1125 de 1950, norma casi literal-

mente reproducida en el artículo 131 del actual Código Penal Militar, situación ésta que demostraré al sustentar la causal cuarta invocada por el recurrente.

"I

"No requiere una gran argumentación jurídica el probar que **Valencia** NO cometió el delito de rebelión por el cual fue condenado, ya que las modalidades propias de esta infracción exigen condiciones especialísimas que no se cumplieron en el caso sub-judice.

"En efecto veamos:

"1º—El artículo 121 del Código Penal Militar define el delito de rebelión así: 'Los que promuevan, encabecen o dirijan un alzamiento en armas para derrocar el Gobierno Nacional legalmente constituído o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, en lo que se refiere a la formación, funcionamiento o renovación de los poderes públicos u órganos de la soberanía, incurrirán.....'.

"De lo anterior se desprende que es condición **sine qua non** para la estructuración de este delito, que se produzca un levantamiento en armas.

"2º — Nuestra jurisprudencia y los tratadistas están acordes en este punto:

'El hecho fundamental que constituye la base de este delito es el de alzarse en armas...'. 'Claro está que en este delito la ley se empeña en alcanzar el hecho en sus etapas preparatorias y de tentantiva, ya que en muchos casos la consumación puede representar la destrucción de la ley misma.

'Ese problema es resuelto por nuestra ley exigiendo el alzamiento en armas como manifestación externa por la cual a un tiempo se comienza y se consuma la rebelión'. (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino. Tomo V, pág. 76, edición de 1953).

"3º—El mismo tratadista define el alzamiento así: 'Para que haya alzamiento debe existir un levantamiento colectivo, público, más o menos tumultuoso, pero con ciertos rudimentos de organización, impuesta sobre todo por la finalidad común, y **armado**'. (Ob., cit., Tomo V, pág. 76). (Subrayo).

"Surge con claridad meridiana a través del estudio del proceso que el alzamiento no existió y por consiguiente tampoco la rebelión que se le incriminó a **Valencia.**

"4º—La rebelión presupone necesariamente la identificación en sus actos subversivos, hecho que tampoco aparece en el proceso en cuestión, por cuanto aquellos sujetos a quienes **Valencia** comunicó sus deseos de producir una transformación política que orientara al país en la procelosa situación que se vivía en ese entonces, no eran a la postre sino individuos encargados por sus jefes de espiarlo, los unos, y los otros, gentes que se atemorizaron por el solo planteamiento que se les hizo.

"Se discute sobre el número de personas necesarias a la rebelión. El Código de 1890 (artículo 172, ya citado) entendía consumado el alzamiento cuando veinte o más personas ejecutaban los actos en dicha disposición. El Código actual no pone límites mínimos, pero es claro que acepta como esencial el levantamiento colectivo, pues no otra es la noción que se deriva de la fórmula empleada para designar la pluralidad de los sujetos activos, 'los que promuevan....', 'los que simplemente tomen parte...', etc., 'a diferencia de las indicaciones singulares de sujetos que hacen casi todos los restantes preceptos del estatuto, excepto los que definen la piratería y el duelo, delitos que tienen, como los políticos, sujetos activos plurales'.

'**La rebelión no puede ser, pues, delito de una sola persona, sino de varias.** Este carácter colectivo es uno de los distintivos con que los demás delitos en concurrencia de varios a la rebelión, sedición o asonada, no es complicidad, en la forma que trata la parte general. Aquella es condición que se desprende de la propia esencia del delito político. Algunos expositores denominaron a esta infracción, precisamente así 'delito colectivo'. (**Luis Carlos Pérez.** Derecho Penal Colombiano. Tomo I, págs. 109-110. Edición de 1956). (Subrayo).

"5º — El delito de rebelión tampoco admite la tentativa. 'Si la sola acción armada tendiente a derrocar al Gobierno o a cambiar o suspender las bases constitucionales es causa de delito, sin que se requiera la realización de los propósitos perseguidos, se hace imposible el grado de tentativa'. (**Luis Carlos Pérez.** Ob. cit., pág. 101).

"II

"CONSPIRACION:

"El artículo 129 del Código Penal Militar define la conspiración así: 'Los que se concertaren

para cometer cualquiera de los delitos de que tratan los tres capítulos anteriores, si los proyectos fueren descubiertos antes de iniciarse los actos consumativos, incurrirán en una sanción no menor de la tercera parte ni mayor de la mitad de la pena que hubiere correspondido al delito consumado'.

"Esta definición es en esencia la misma del artículo 145 del C. P.

"Por manera pues, que la conspiración presupone un acuerdo de voluntades para la comisión de una categoría especial de delitos.

"No puede hablarse de conspiración entonces, obviamente, cuando no son dos o más las personas que se han identificado en el logro de un objetivo, ya que entonces no existiría el concierto de ellas, que exige la ley para la tipificación de esta infracción penal.

"Si no puede haber contrato sino en mediando la existencia de dos partes, no puede haber conspiración cuando es una sola la persona que abriga el propósito de cometer alguno de los delitos a que se refiere la norma anteriormente transcrita.

"En el caso de que tratamos fueron condenados, fuera de **Valencia,** cuatro personas más como posibles encubridores del delito de rebelión. No existe a los autos referentes a estas perosnas, siquiera un indicio del cual jurídicamente pudiéramos inducir que hubieran convenido con éste en hacer lo a su alcance para cambiar el estado de cosas imperante en ese entonces.

"Si esto es así, como de la sola lectura del proceso se desprende, sin que exista una sola prueba en contrario, el delito de conspiración no podía tener existencia jurídica, como efectivamente no la tiene.

"He creído que si el caso de **Valencia** podría encuadrar dentro de algún artículo de las leyes penales, lo sería en la infracción definida en el artículo 133 del decreto 1125 de 1950.

"Si para el delito de rebelión de que hablaba el artículo 134 del decreto ya citado tenía aplicación la norma contenida en el artículo 133 del mismo decreto, también lo mandado en esta última disposición extendía su influencia a la rebelión militar definida en el artículo 138, no importa que tanto el artículo 134 como el 138 estuvieran en Títulos diferentes, porque es de la índole del delito de rebelión, sea cometido por militares o no, irrogar antes que nada una violación al régimen constitucional y a la seguridad interior del Estado.

"El Código Penal Militar vigente en la actualidad, encuadró todas estas disposiciones en el Título II, por razones jurídicas incontrovertibles, porque en orden de jerarquías, la rebelión cometida por un militar en servicio activo es antes que un delito contra la disciplina de las Fuerzas Armadas, una infracción de gravísimas proyecciones contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado.

"En este orden de prelaciones, fuerza es concluír que las normas contenidas en el Capítulo I del Título III del decreto 1125 de 1950, se aplicaban, o han debido aplicarse en estricto derecho, al delito de rebelión definido en el artículo 138 del mismo decreto.

"Si esto es así, en la sentencia impugnada la situación de **Valencia** ha debido estudiarse con base en el artículo 133 del decreto 1125 de 1950, ya que ésta era la disposición legal que más se conformaba con los hechos de que nos da cuenta la causa.

"Por todo esto vengo a coadyuvar ante esa Honorable Corporación, la solicitud de que se case el fallo recurrido con base en la causal cuarta del artículo 567 del C. de P. P., ya que es ostensible el error jurídico en que se incurrió en la denominación del delito que le fue imputado a **Valencia**".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Primera. — El cargo atribuído al Sargento 2º **Eugenio Valencia,** de conformidad con la Resolución número 001 de 1957, proferida por el Comandante de la Base Aérea "Germán Olano" (Palanquero), fue el de "REBELION MILITAR", hecho previsto, para el tiempo de su juzgamiento por el Consejo de Guerra Verbal, en el Capítulo Segundo, Título Cuarto, Libro Segundo del Código de Justicia Penal Militar (Decreto legislativo número 1125 de 1950), bajo el epígrafe "Delitos contra la disciplina de las Fuerzas Armadas".

El mismo hecho quedó comprendido en el nuevo Código Castrense (decreto legislativo número 0250 de 1958) en el Título II, Capítulo II, Libro Segundo, entre los "Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad del Estado", no ya con el nombre específico de "Rebelión Militar", sino simplemente con el de "Rebelión".

2ª—Dado el especial trámite a que están sometidos los Consejos de Guerra Verbales, en los cuales no hay propiamente calificación del sumario ni auto de enjuiciamiento, puesto que la actuación virtualmente se inicia con la resolución que orde-

na convocar el Consejo, para determinar si en los autos se ha producido la nulidad consistente en **haberse incurrido en error relativo a denominación jurídica de la infracción** (prevista en la causal 2ª, artículo 235 del decreto 1125, y 2ª del artículo 441 del decreto 0250), necesariamente hay que referir ese error a la Resolución que ordena la convocatoria del Consejo de Guerra Verbal.

3ª—En el caso **sub-judice** se tiene que esa convocatoria se ordenó, primero mediante la Resolución número 001 de 11 de mayo de 1957, con base en la cual se adelantó el proceso hasta recibir sentencia condenatoria de primer grado, y, segundo, por Resolución número 2 de 23 de enero de 1958, siempre por el cargo de REBELION MILITAR, denominación jurídica ésta no empleada en el Código vigente.

4ª—Con apoyo en el primer veredicto (fl. 87), condenatorio (por unanimidad) fue dictada sentencia de primera instancia el 16 de mayo de 1957 (fls. 110 a 121), por la Presidencia del Consejo, pero ese proveído, con concepto favorable del Ministerio Público, fue revocado por el Tribunal Superior Militar el 11 de octubre del mismo año, para declarar contrario a la evidencia de los hechos el veredicto y ordenar la convocatoria de un nuevo Consejo de Guerra Verbal (fls. 140 a 152).

Esta determinación obedeció, según el concepto fiscal y la providencia del Tribunal, a la muy concreta razón de no tipificarse el hecho atribuído al acusado como delito de "Rebelión Militar".

Para el Ministerio Público, después del examen de las pruebas de cargo, "se puede deducir claramente que todo se redujo a palabrerías del acusado Valencia; a un utópico proyecto de tomar la Base para no dejar salir los aviones en la creencia muy errónea de que por ese medio se podía derrocar al Gobierno; a expresar su descontento por la mala situación del país, etc.". Y agrega:

"Pero no existió nada en concreto; no provocó siquiera el sindicado Valencia una reunión para presentar y obtener la aprobación de sus proyectos; no existió un solo acto preparatorio de delito ni menos un principio de ejecución; simples charlas aisladas e informales sobre sus ideas en relación con el gobierno y la mala situación de la República".

"Pero no puede existir delito donde únicamente se expresó una inconformidad y se dio una opinión a sujetos aislados. Las solas palabras, no pueden entrañar delito de rebelión. Podría hablarse más bien de violación de normas disciplinarias, sancionables de acuerdo con los reglamentos internos de la Unidad".

"Y siendo ello así no era el caso de convocar un Consejo de Guerra Verbal sino de proferir una providencia de cesación de todo procedimiento en favor de los sindicados".

Termina el señor Fiscal:

"El concepto de esta Fiscalía es, por tanto, el de que se revoque la sentencia materia de apelación, se declaren contraevidentes los veredictos afirmativos de la responsabilidad.....".

5ª—Si como lo estimó el Tribunal el delito de rebelión militar no tuvo existencia, antes que declarar la contraevidencia del veredicto, debió decretar la nulidad que ahora se invoca, pues la convocatoria del nuevo Consejo (fl. 164) dio lugar a que se repitiera el veredicto condenatorio y a que se dictaran los fallos de instancia de conformidad con el pronunciamiento de los Vocales, todo ello en perjuicio manifiesto del acusado, quien hubo de purgar en detención preventiva la injusta pena que le fue impuesta.

6ª—Los puntos de vista del recurrente y del señor Procurador Delegado de las Fuerzas Armadas, como aparece de lo transcrito, coinciden en la tesis central de que jurídicamente el hecho imputado no constituye delito de **rebelión.** Pero discrepan al tratar de individualizar la infracción frente a los textos penales militares.

El demandante trata de ubicar el **hecho** en el artículo 130 del decreto 1125 de 1950, que hace parte del Capítulo Primero, Título Tercero, Libro Segundo de esa Codificación. En dicho Título se comprenden los "Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado", los cuales son, de acuerdo con el artículo 129 ibidem: **rebelión, sedición** y **asonada,** de los cuales en particular se ocupan los capítulos segundo, tercero y cuarto del citado Título.

Con notoria falta de técnica, el Capítulo Primero, referente a "Clasificación y disposiciones generales", se ocupa es de figuras delictivas que estructuran actos preparatorios o ejecutivos, pero no consumativos de las infracciones ya enunciadas.

Así, el artículo 130, citado en la demanda contempla la llamada **Conspiración**, en estos términos:

"Los que se concertaren para cometer delito de rebelión, o sedición, o asonada, si los proyectos delictuosos fueren descubiertos antes de iniciarse los actos consumativos, incurrirán en la mismas penas fijadas para estos delitos si se hubieran

consumado, disminuídas hasta en la mitad".

En el decrejo 0250, con el nombre propio de **conspiración,** se contemplan los mismos eventos. Así aparece en el artículo 129, único del Capítulo V, Título II, Libro Segundo, relativo a los "Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad del Estado", o sean, **rebelión, sedición y asonada.**

No distingue este Código, a diferencia del anterior, la **rebelión** como delito puramente **político,** susceptible de ser cometido por particulares pero sometido al procedimiento castrense, de la **rebelión** como ilícito típicamente militar. En ambos casos el hecho atenta contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado, y simplemente preceptúa (artículo 124) para el caso de ser **militares** los rebeldes, que "las penas señaladas en este Capítulo se aumentarán hasta el doble".

En cambio, frente al decreto 1125, la **rebelión, sedición y asonada,** si los agentes no son militares, atentan contra el interés jurídico enunciado; si son miembros del Ejército, esos delitos afectan "la disciplina de las Fuerzas Militares" (Título IV, Libro Segundo). Y en este Título no hay disposición alguna referente a los actos de **conspiración** o connatos de rebelión, sedición o asonada, que sólo fueron previstos en el Título Tercero.

Para el señor Procurador el caso se acomoda al previsto en el artículo 133 del Decreto 1125, que contempla una especie de **instigación,** hecho que casi en idénticos términos aparece en el artículo 131 del decreto 250.

Como aparece evidente del estudio de las disposiciones antinentes al delito de rebelión, tanto en el decreto vigente a tiempo de la comisión del hecho investigado, como en el que ahora reglamenta íntegramente el Derecho Penal Militar, que los actos ejecutados por el procesado no tipifican el cargo de **rebelión militar** (delito contra la disciplina de las Fuerzas Militares), sino alguno de los hechos contemplados en el Capítulo Primero, Título Tercero, Libro Segundo del Decreto 1125 (artículos 130 a 133), o de los previstos en los artículos 129 o 131 (Capítulos V y VI, Título II, Libro Segundo del Decreto 0250), que son infracciones contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado, con toda lógica hay que aceptar que se incurrió en la nulidad señalada por el demandante y por el representante del Ministerio Público.

Nítidamente surge esa causal de nulidad en el proceso porque la Resolución mediante la cual se ordenó convocar (por segunda vez) el Consejo de Guerra Verbal, concretó (a falta de auto de proceder) el cargo de REBELION MILITAR, que no es la denominación jurídica que podría corresponder al hecho imputado en la legislación vigente a tiempo de su comisión, ni es la propia, tampoco, en el Código Penal Militar que ahora rige.

Se declarará, en consecuencia, la nulidad de lo actuado, en la forma indicada.

CAUSAL PRIMERA.—Aunque también la invoca el demandante, la Corte no entrará a estudiarla porque al acoger la Cuarta los efectos que ésta determina en la actuación hacen improcedente todo examen sobre el particular.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo acusado a que se ha hecho mérito y DECRETA la nulidad de la actuación procesal, a partir de la Resolución número 2 de 23 de enero de 1958, dictada por el Comando de la Base Aérea "Germán Olano".

Devuélvase el proceso por conducto del Tribunal Superior Militar al referido Comando para que se reponga la actuación a partir de la Resolución indicada.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barrera Domínguez — Luis E. Mejía Jiménez — Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio — Gustavo Rendón Gaviria — El Secretario, **Pioquinto León.**

SE CONFIRMA EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO PROFERIDO EN FAVOR DE UN JUEZ CIVIL DE CIRCUITO, DENUNCIADO POR PREVARICATO Y COHECHO

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, agosto cinco de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino)

Vistos:

En grado de consulta ha venido a la Corte la providencia de 15 de diciembre último, en virtud de la cual el Tribunal Superior de Bogotá, aplicando el artículo 437 (num. 2) de la ley 94 de 1938, pronunció sobreseimiento definitivo en favor del doctor **Hernando Anzola Liévano** (Juez 1º Civil de este Circuito) por prevaricato y cohecho.

La causa tuvo origen en la denuncia que el 2 de agosto de 1957 presentó a la Procuraduría el abogado Adolfo Mina Balanta, acompañada de una grabación magnetofónica, cuyo texto oral oportunamente vertido al lenguaje escrito, fue incorporado luego al proceso.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en dictamen de 20 de mayo de 1959, pidió a la Corte "la confirmación, en todas sus partes, de la providencia" consultada. Apoyó sus puntos de vista en las poderosas razones aducidas por el Tribunal y en las no menos convincentes del señor Fiscal 3º de la misma Corporación (fls. 192 a 201, cuaderno 1).

Cumplido el trámite de rigor, la Sala procede a resolver la consulta, mediante las siguientes consideraciones:

HECHOS:

Pueden resumirse, siguiendo el derrotero de la Fiscalía, así:

José del Carmen Muñoz, casado con Ana Tulia Sánchez de Muñoz y padre de cuatro hijos legítimos, se separó de su cónyuge en el año de 1943 para vivir en "dañado y punible ayuntamiento" con Carmen o Carmenza Parra, y dedicarse los dos a ambos comercios, primero en Anolaima y luego en Bogotá. Esta unión irregular duró hasta febrero de 1957, cuando la Parra dejó a Muñoz para casarse con Roberto Vargas.

En junio de 1954, es decir, casi tres años antes de la ruptura de la Parra con Muñoz, la cónyuge legítima de éste lo demandó en juicio de separación de bienes por intermedio del abogado doctor Adolfo Mina Balanta.

El doctor Hernando Anzola Liévano, siendo Juez 1º Civil del Circuito de Bogotá, fue quien el 10 de octubre de 1956, pronunció en dicho juicio sentencia desfavorable a la demandante.

La Parra por su parte, había quedado descontenta con Muñoz porque al producirse la ruptura, éste no le reconoció "la parte de capital que le correspondía por sus actividades de 14 años" en el comercio conjunto.

El 27 de abril de 1957 (fl. 22 ibidem) la Parra fue con su marido a la oficina del doctor Mina Balanta, a donde se encontraban los hijos legítimos de Muñoz; y generalizada la conversación, la Parra hizo cargos graves al padre de éstos, al señor Alfonso Acevedo y al Juez doctor Anzola Liévano. La conversación fue grabada en cinta magnetofónica; y el abogado Mina Balanta, **tres meses después,** o sea el 2 de agosto de dicho año, presentó la denuncia correspondiente.

La Sala hace suyas las apreciaciones de la Fiscalía del Tribunal acerca del testimonio de la Parra (fl. 198 ibidem) en cuanto al cargo de **cohecho.**

"Al folio 150 v. aparece la constancia de que Carmen Parra se halla sindicada por el delito de tentativa de homicidio, siendo denunciantes Alicia Carranza y Rosalba Pérez. Y al folio 115 aparece copia de un reconocimiento que se le practicó a la misma Carmen por los señores médicos del Instituto de Medicina Legal del cual aparece que para esa época presentaba trastornos psíquicos generales...".

"...Como puede verse de lo anterior, el único cargo que le aparece al doctor Anzola es el de haber estado una tarde frente al almacén Meta de propiedad de José del Carmen Muñoz y haber recibido la suma de tres mil pesos que éste le había

entregado momentos antes al señor Alfonso Acevedo, pues en relación con los otros cuatro mil pesos, la misma testigo de carga (sic) dice no haber presenciado la entrega pues ni siquiera vio ese día al doctor Anzola...".

"...Pero a más de eso su testimonio —el de la Parra— no merece ningún crédito por las numerosas contradicciones en que incurre como se verá en seguida. Primeramente en la entrevista que tuvo en la oficina del doctor Mina habla de que el Juez recibió mil o dos mil pesos, para luego declarar formalmente que fueron siete mil en dos contados. En su primera declaración afirmó que en la tarde en que recibió el doctor Anzola el primer dinero, todos se fueron al Bar Nevado, cercano al almacén, luego de allí salieron y tomaron un carro en momentos en que la declarante estaba cerrando el almacén y se fueron a bailar con mujeres. Luego en las otras diligencias ya dice que una vez recibió el doctor Anzola el paquete con el dinero se fueron en el mismo carro en que habían llegado por allá "donde van a bailar con mujeres". Incurre en numerosas contradicciones en cuanto a la época en que se sucedieron los hechos. Y sobre todas las dudas que ofrece su testimonio está lo relacionado con la fecha en que se profirió el fallo, por cuanto sitúa al doctor Anzola recibiendo dineros, cuando ya el negocio había sido fallado. También pretende que se hallaba muy informada de todas las incidencias del juicio e ignoraba que la sentencia se pronunció el 10 de octubre de 1956 y afirma que cuando se separó de Muñoz, en febrero, todavía no había sido terminado el negocio. Son pues, múltiples las contradicciones en que incurre.

"Otro hecho importante es que asegura que el doctor Anzola era **un señor bajito, de bigote y con sombrero encocado** cuando se presentó al almacén a recibir el dinero. Las pruebas del expediente demuestran que tal afirmación es mentirosa por cuanto el doctor Anzola nunca ha usado bigote ni acostumbra el sombrero...".

"...Habría que agregar también la moralidad de la declarante. Aparece de autos que en compañía de su esposo y antes de intervenir en este negocio, atacó a José del Carmen Muñoz su antiguo amante, hallándose además con una sindicación por el delito imperfecto de homicidio".

"De otra parte los reconocimientos médicos legales que le fueron practicados a la señora de Vargas demuestran que sufría "trastornos psíquicos", lo que explica plenamente su proceder, ya que una persona sana de mente no incurriría en tamañas contradicciones y no relataría hechos por demás increíbles...".

Hasta aquí la Fiscalía.

En lo tocante al cargo de prevaricato, basta recordar que en el proceso contra un dictamen de peritos y una inspección ocular, practicados con relación al expediente de separación de bienes del matrimonio Muñoz-Sánchez. Estas pruebas descartan por completo hasta la más remota posibilidad de "prevaricato" en el doctor Anzola Liévano, y antes bien, acreditan que él procedió en tal negocio con criterio ceñido en un todo a la moral y a la ley (fls. 174 y 175 ibidem).

***

DECISION:

Por lo expuesto y lo transcrito, la Corte Suprema —Sala Penal— de acuerdo con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Luis Eduardo Mejía Jiménez — Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio — Gustavo Rendón Gaviria—Miguel Bernal Medina, Conjuez.—**Pioquinto León L.**, Secretario.

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES PARA CONOCER DE LAS CAUSAS DE RESPONSABILIDAD CONTRA FISCALES DE JUZGADOS SUPERIORES. — EL ARTICULO 235 DEL C. DE P. P. NO DEFINE UN EVENTO ESPECIFICO DE FALSEDAD DOCUMENTARIA. — EL DAÑO REAL O POTENCIAL ES REQUISITO INDISPENSABLE DEL DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO. — LA ACTIVIDAD FALSARIA DEBE INCIDIR EN LO CONCERNIENTE A LOS EFECTOS JURIDICOS DEL DOCUMENTO Y DAR LUGAR, EN CONSECUENCIA, A UN DAÑO EN EL INTERES AJENO QUE ESA ATINENCIA JURIDICA REPRESENTA, O POR LO MENOS PRODUCIR UN PELIGRO DE DAÑO A DICHO INTERES

1.—Como por el Acto Legislativo número 1º de 1945 (artículo 44) se dio a los funcionarios del Ministerio Público "la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo" (artículo 142 de la actual codificación constitucional), y no siendo, de otra parte, aceptable que en las causas de responsabilidad que se les sigan a los Agentes del Ministerio Público sean juzgados por funcionarios de igual o de inferior categoría, la Corte Suprema, en sentencia de 23 de enero de 1953 (Tomo LXXIV de G. J., página 145), concluye en que "los Tribunales Superiores de Distrito y la Corte sí tienen competencia para conocer de los negocios penales seguidos contra los Personeros Municipales..." que ejercen su cargo en las cabeceras de circuito y contra los Fiscales de los Juzgados Superiores, pues la equivalencia de privilegios señalada en la Constitución con respecto a los Jueces ante quienes ejercen sus funciones hace procedente lo previsto en el ordinal 1º del artículo 44 del C. de P. P., que da competencia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para conocer, en primera instancia, de dichas causas de responsabilidad que se sigan a los Jueces Superiores y a los Jueces de Circuito.

2.—Si bien el Tribunal Superior de Bogotá, en providencia publicada en la Revista "Justicia" (página 235 de los números 69 a 71), expresa que "la omisión de la circunstancia a que alude el artículo 235 del C. de P. P. no invalida la esencia de los testimonios" no corresponde acoger tal afirmación, pues la misma norma citada preceptúa que "la declaración que no fuere recibida conforme a lo dispuesto en este artículo, no tendrá valor alguno", siendo, por consiguiente, absurdo que produzca el efecto jurídico a que está llamada, de constituír un medio de prueba.

Cuando la ley exija, con sanción de nulidad, que se llenen ciertos requisitos en determinados actos y dichas formalidades no se observan o no se cumplen, el acto o diligencia será inexistente. Sin necesidad de resolución especial se deben considerar como si no se hubieran verificado tales actos. (Artículo 202 del C. de P. P.).

Pero no es la falsedad de la certificación dejada en la diligencia de recepción del testimonio sobre haber sido el testigo interrogado por el mismo funcionario de instrucción o el Juez, sin que ello sea cierto, lo que acarrea la invalidez de dicha diligencia, sino la inobservancia de ese requisito legal.

No puede, entonces, suponerse que el funcionario que incumple lo preceptuado en ese artículo 235 del C. de P. P. tenga el propósito de invalidar esa diligencia, al dejar la certificación falsa de que interrogó personalmente al declarante, pues esa invaliez surge del solo incumplimiento de ese requisito.

Antes bien, al certificar el funcionario, contra la verdad, que personalmente interrogó al testigo, da ocasión, con esa falsedad, para que se tenga por válida esa diligencia, aunque originada en un delito, cuando tal hecho no sea descubierto.

De otra parte, se encuentra el daño o peligro de daño, si bien en lo que respecta a la tutela de lo formal del documento, en el ataque a lo que Binding llama "la recta efectividad de la prueba" y Antonio Quintano Ripolles "la genuinidad documentaria" (Página 109 de su obra "La Falsedad Documental", intereses que son señalados por dichos tratadistas como constitutivos de la objetividad jurídica del delito de Falsedad en Documentos.

Pero en el caso de falsedad en documento público a que se refiere el artículo 235 del C. de P. P. (que no es otro que el previsto en el ordinal 4º del artículo 231 del Código Penal), además de esa ofensa a lo formal del documento (recta efectividad de la prueba o genuinidad documentaria) se origina, por lo menos, el peligro de daño consistente en la oportunidad que dicha falsedad ofrece para que tenga eficacia procesal, efectos jurídicos probatorios, una diligencia cumplida sin los requisitos necesarios para su validez, eficacia posible sólo por esa certificación falsa y cuando el delito no sea descubierto.

No trae el citado precepto una definición específica de delito de falsedad en documento público, como que, de una parte, no es de la pertinencia de un estatuto procesal definir las conductas punibles, y de otra, allí no se indican las sanciones que fuera del caso aplicar si tal definición delictiva se hiciese en dicho artículo. Buscó el redactor del actual Código de Procedimiento Penal dar mayor fuerza al mandato que dejaba sobre la manera de recibir al testigo su declaración, recordando la consumación del delito de falsedad en documento público, conforme a lo previso en el Código Penal, que se consumaría en caso de una certificación del funcionario contraria a la verdad sobre el cumplimiento de los requisitos señalados en ese artículo 235 del C. de P. P.

En todo delito de falsedad en documento es menester que el agente proceda con la intención o con la voluntad o conciencia de efectuar una inmutación de la verdad, sabiendo que daña o puede dañar (G. J. números 2.195-96, Pág. 757, auto de 28 de abril de 1958).

Y es que siendo de la esencia del dolo "la conciencia, la voluntad o la intención, según la doctrina que se prefiera, de realizar un hecho ilícito", y ocurriendo, para los fines represivos de la Ley Penal, que solamente pueden constituír hechos ilícitos aquellos que acarreen un daño o arrojen la posibilidad de causarlo, no era necesario, a los fines de precisar el dolo genérico en los casos de falsedad documentaria, que en cada una de las deficiones punibles sobre esta materia se indicaran, de una parte, que el hecho representase, al menos, una posibilidad de daño (delito de peligro), y de otra, que el agente, al proponerse cumplir esa inmutación de la verdad o ese atentado a la "genuinidad documentaria" o a la "recta efectividad de la prueba", conociera, al menos, que puede ocasionar un daño en los intereses jurídicos ajenos. Esto, porque sin la conciencia de lo ilícito no hay dolo; y no existen ilícitos penales que sean innocuos en cuanto a la producción de un daño o que representen, siquiera, un peligro de daño. Además, porque actúa con dolo únicamente quien en el momento de la acción toma conciencia de un resultado delictuoso cierto, probable o posible, esto es, de un resultado dañoso o que representa un peligro de daño.

El tratadista Quintano Ripolles, en su obra ya citada (páginas 154 y 155), refiriéndose al elemento subjetivo en el delito de falsedad en documentos, dice lo siguiente:

"Si la razón de ser de la falsedad documenal es la alteración de una genuinidad susceptible de perturbar el orden jurídico, sólo la antijuridicidad de este dolo finalista dinámico es la que ha de servir para estructurar plenamente la infracción. En este sentido tan sólo es lícito afirmar que el dolo genérico basta en la falsedad, porque en él se ha prefigurado el resultado legal en la voluntad del agente".

Y antes, a las páginas 97 y 98, observa este mismo autor lo que pasa a transcribirse:

"En una sistemática formalística de la falsedad, en que el documento se concibe a modo de tabú sacrosanto, toda modificación de sus formas y elementos originales, aun los accesorios, constituiría delito de falsedad. Tan deshumanizado concepto de ritualismo es, naturalmente, contrario a los más elementales principios de derecho, especial-

mente de los del penal, tan inevitablemente impregnado de sustancias humanísticas. Aun en los sistemas de legalismo tan estricto como el nuestro y todos los que nacieron a la sombra del Código Napoleónico, la falsedad documental no puede ser ya tratada de ese modo cuasi-mágico, bien que no puedan ser desconocidos en absoluto los fueros de lo ritual, especialmente en los documentos auténticos portadores de la fe pública. En términos generales, como ya se dijo, a éstos solos conviene el máximo de protección y rigor formal, debiendo sentarse la tesis de que a mayor categoría procesal del documento corresponde una más estricta rigidez formalística, la que va desarticulándose hasta llegar al extremo bajo de la escala, el documento privado, en el cual la forma no cuenta ni basta, exigiéndose precisamente el resultado perjudicial o la intención de causarlo".

El Código Penal Colombiano, anota la Sala, es finalista en los casos de falsedad en documento privado (artículo 240) y en los eventos de uso, a sabiendas, de un documento público o el de aquellos que mencionan los artículos 232 y 233 (artículo 234 del Código Penal), pues en todas estas hipótesis delictivas se requiere, como expresamente lo indican estas disposiciones, que la actividad falsificadora cause perjuicio a tercero, o que, al menos, exista en el agente el propósito de lucro o el de perjudicar a alguien, constituyendo dicho resultado dañoso o ese dolo específico ("intentio lucrandi" o "intentio nocendi") condiciones típicas, elementos específicos del hecho en esos eventos de falsedad documentaria.

En cambio, no señala el Código Penal ninguna de esas condiciones como elementos constitutivos del delito en los casos de falsedad en documento público (artículo 231), ni en aquellos a que se refieren los artículos 232, 233, 235, 236, 237, 238, 239, 243, 244; 245 y 246 pues en ninguna de estas disposiciones se indica que la conducta debe ocasionar un daño a tercero o que, siquiera exista en el agente el propósito de lucro ilícito o la intención de perjudicar a alguien. No obstante y por cuanto no puede existir delito sin que ocasione un daño o represente, siquiera, un peligro de daño, en las hipótesis de los artículos últimamente citados, ya sea que lesionen lo que Binding llama la "recta efectividad de la prueba" y Quintano Ripolles "la genuinidad documentaria", dicha lesión no puede resulta inocua en cuanto, asimismo, ocasione un daño a los derechos ajenos o represente, siquiera, un peligro de daño para los mismos. Esto, porque si de la falsedad en documentos se trata, y no pudiéndose hablar de documento sin la presencia de un escrito con atinencia jurídica, es lógico que la actividad falsaria debe incidir en lo concerniente a los efectos jurídicos del documento y dar lugar, en consecuencia, a un daño en el interés ajeno que esa atinencia jurídica representa, o por lo menos producir un peligro de daño a dicho interés.

Explica Manzini (Tratado de Derecho Penal Italiano, Turín, 1938, T. V., página 95), que "documento vale tanto como escritura fijada sobre un medio transmisible y debida a autor determinado, que contenga manifestaciones y declaraciones de voluntad o atestación de verdad, aptas para fundar o impedir una pretensión jurídica o a probar un hecho jurídicamente relevante en una relación procesal o jurídica".

De ahí que la alteración de la verdad en un documento que no afecte esa atinencia jurídica, esas "manifestaciones y declaraciones de voluntad o atestación de verdad, aptas para fundar o impedir una pretensión jurídica o a probar un hecho jurídicamente relevante en una relación procesal o jurídica", es indiferente a la represión penal prevista para tutelar los intereses que se amparan en la represión penal de los delitos de falsedad en documentos, así se hable de lesión de la "fe pública", o de la "recta efectividad de la prueba", o de la "genuinidad documentaria".

Con exacta pertinencia señaló, sobre este particular, el siguiente ejemplo la Corte en el fallo ya citado:

"Existe, por ejemplo, una escritura pública en la que consta que Pedro vendió a Diego, cuya identificación ha quedado debidamente establecida, un determiado bien raíz. Y el comprador, hombre vanidoso y fatuo que se hace llamar doctor, sin serlo, por sus relacionados, obtiene que el Notario le expida una copia auténtica en la que en lugar de decirse Diego se expresa doctor Diego. Allí hubo una inmutación de la ver-

dad, con la conciencia y hasta con el propósito de inmutarla, e imitación de la verdad, y, consiguientemente, una falsedad, en el sentido vulgar del vocablo, por cuanto hay falta de conformidad entre el original y la copia. Pero esa no es una falsedad punible, por la razón potísima de que la copia testifica exactamente la relación jurídica documentada en el original, por una parte, y no sirve, por la otra, para acreditar la calidad de doctor falsamente atribuída".

De ahí que para el dolo de la falsedad sea menester que el agente proceda con la intención o conciencia de efectuar una inmutación de la verdad, sabiendo que daña o puede dañar.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, agosto veinticinco (25) de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

En el proceso penal que fuera adelantado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga contra el doctor GUILLERMO FERNANDEZ, Fiscal del Juzgado Tercero Superior de dicha ciudad, por el delito de FALSEDAD EN DOCUMENTOS de que fuera sindicado por el doctor Carlos García Herreros, dicho Tribunal profirió auto de sobreseimiento temporal en favor del procesado.

No estuvo de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal el señor Agente del Ministerio Público colaborador de esa Corporación, quien había solicitado se sobreseyera definitivamente en favor del doctor Fernández, razón por la cual apeló del proveído en referencia.

Agotada la tramitación de la segunda instancia, entra ahora la Sala Penal de la Corte a revisar la providencia recurrida.

HECHOS:

Por razón de las funciones de instrucción penal que fueron dadas, por la época de los hechos denunciados, a los Fiscales de los Juzgados Superiores, rindió declaración jurada el señor Jorge E. Torres, en el proceso que era seguido contra Raúl Mantilla Consuegra y otros por el delito de homicidio en la persona de Julián Villalobos, ante la Fiscalía del Juzgado Tercero Superior de Bucarmanga, desempeñada por el doctor Guillermo Fernández.

Aparece de dicha diligencia, lo siguiente:

"En Bucaramanga, a dos de julio de mil novecientos cuarenta y tres (sic), compareció ante el Despacho de la Fiscalía del Juzgado Tercero Superior de este Distrito Judicial el señor Jorge E. Torres con el fin de rendir declaración de conformidad con cita que le aparece en las presentes diligencias. En tal virtud el señor Fiscal por ante el suscrito Secretario, previas (sic) lectura de las disposiciones del Código Penal sobre falso testimonio y con las formalidades consignadas en los artículos 147 y 148 del C. de P. P. le recibió juramento, por cuya gravedad ofreció....

.....;

"En este estado se da por terminada la presente diligencia, la cual fue leída por el declarante quien la encontró conforme a su dicho, la aprobó, se ratificó en ella y para constancia la firma junto con el personal superior de la Fiscalía que hace constar que en la práctica de esta diligencia se dio cumplimiento al artículo 235 del C. de P. P. y que el declarante revelaba hallarse en uso y goce de sus facultades mentales. Así se firma. El Fiscal, (Fdo.) Guillermo Fernández. El Declarante, (Fdo.) Jorge E. Torres G. El Secretario, (Fdo.) Carlos Gómez Pradilla".

Posteriormente, el diez de julio de mil novecientos cincuenta y tres, a solicitud del doctor Carlos García Herreros, el mismo Jorge E. Torres G. rindió declaración ante el Juez Segundo Civil Municipal de Bucaramanga, en la cual, bajo juramento, afirma que es empleado público; que "en los últimos días de junio pasado... fui llamado a la Fiscalía Tercera de este Distrito Judicial con el fin de rendir una declaración... que me fue recibida por un empleado subalterno de ese Despacho, que en ningún caso fue recibida por el Fiscal, ni por el Secretario de esa Fiscalía, a quienes conozco personalmente, y las preguntas que se me formularon me las hizo el mismo empleado que me recibió la declaración".

Adelantada la investigación penal a que diera origen la denuncia del doctor García Herreros, ya referida, el 28 de julio de 1958 se obtuvo el testimonio del mismo Jorge E. Torres, quien se expresa de la siguiente manera sobre los hechos de que ya antes había dado información juramentada:

a) Preguntado si cuando rindió la declaración que le fue tomada en la Fiscalía del Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga tuvo oportunidad de ver al doctor Guillermo Fernández, quien en esa ocasión desempeñaba el cargo de Fiscal en ese Despacho, responde que "probablemente sí estaría en su Despacho, pero yo no recuerdo haberlo visto, ya que esto hace como unos seis años";

b) Requerido para que mencione el nombre del empleado que le recibiera tal declaración en la Fiscalía de dicho Juzgado, dice que "no recuerdo cómo se llama, ni siquiera cuál era el empleado que estaba allí, pero posiblemente era el oficial mayor de esa época";

c) Habiéndosele solicitado que informara si el empleado que le recibió tal declaración fue, asimismo, quien le formulara el interrogatorio que le fue hecho en esa diligencia, expresó: "Si tuvo que ser, pues no recuerdo, pero me parece que en ese momento no estaba nadie más".

Oído en declaración de inquirir el doctor Guillermo Fernández, expresa sobre los cargos que le fueron hechos, que "no recuerdo a ningún Jorge E. Torres y si alguna declaración juramentada dio en la fecha porque se me pregunta, me remito al acta en que tal diligencia conste".

a otra pregunta, agrega:

"Ignoro las causas y razones que haya tenido el tal Jorge E. Torres para decir que la declaración le fue recibida por un empleado subalterno y no por el Fiscal, ni por el Secretario. Pero se me ocurre que, como es de uso corriente, quien escribía en la máquina el acta en que consta cualquier dilgencia debía ser un empleado subalterno. Cuando yo era Fiscal todavía no me había graduado de mecanotaquígrafo y prefería que manejara la máquina un funcionario mucho más hábil que yo. Talvez por eso se piense que quien escribe lo que el declarante dicta es quien recibe la declaración, pero me remito a las actas que deben reposar en los archivos de la Fiscalía Tercera, pues después de tanto tiempo..." (rinde declaración indagatoria en el año de 1958) .... "es imposible que la memoria sea más precisa que el documento".

* * *

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Hace el Tribunal Superior de Bucaramanga las siguientes consideraciones en la providencia objeto del recurso:

"La jurisprudencia nacional había venido sosteniendo la tesis de que en los delitos de falsedad en documentos públicos no era del caso entrar al estudio del daño potencial o real que la infracción causara, porque se trataba de ilícitos formales en los cuales estaba fuera de lugar ese aspecto del problema. Pero esta interpretación ha sido rectificada por nuevas sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia, en las cuales se ha venido afirmando la tesis de que en esas infracciones, como en todas, el acto tachado de ilícito no es tal si careció de poder suficiente para causar un daño real o potencial. En casación del veintiocho de abril del año próximo pasado..." (28 de abril de 1958).... "visible a la página 757 del número 2.195|96 de la GACETA JUDICIAL, se dijo en tal sentido lo siguiente:

"La ley no puede, sin incurrir en tiranía, erigir en delito un hecho que no cause perjuicio efectivo o sea, al menos, apto para producirlo, pues fuera de las infracciones de daño y de peligro no existen otras en derecho penal. De consiguiente, la falsedad inocua, aquella que no tiene siquiera la potencia de dañar, jamás podrá ser considerada como falsedad punible. La fe pública, particularmente, no se siente lesionada con ella, porque el Estado no impone a los asociados la creencia en la autenticidad, veracidad e intangibilidad de todas y cada una de las palabras escritas en un documento, así sea un instrumento público, sino en la verdad, de haberse consignado en él los derechos y relaciones jurídicas que éste debe probar.

"Y si esto es así —dice adelante el mismo fallo— si el delito sin daño o sin la posibilidad de dañar es jurídicamente inconcebible, es preciso concluir que para que exista el dolo en la falsedad documental, es imprescindible que el agente proceda con la intención o con la voluntad o conciencia de efectuar una inmutación de la verdad, sabiendo que daña o puede dañar. No basta, por consiguiente, el simple conocimiento de que altera la verdad".

Y agrega el Tribunal lo siguiente:

"Si se siguiera literalmente esta importante jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, habría que declarar que en este caso concreto que se estudia no se violó la ley penal. Porque si fuera cierto que el Fiscal Fernández no asistió a la recepción del testimonio de Torres, a pesar de que en el acta correspondiente se dijo lo contrario, habría una falsedad en sentido general, desde luego que se faltó a la verdad en un documento

público; pero no habría una falsedad constitutiva de delito, porque con esa mentira no se causó perjuicio ninguno, real ni potencial, ya que la jurisprudencia, luégo de algunas vacilaciones, ha llegado a la conclusión firme de que el testimonio que adolece del defecto anotado es válido y debe ser considerado en juicio.

"Pero la aplicación conjunta de esas dos jurisprudencias —la que dice que las declaraciones son válidas aunque adolezcan de la anotada mentira, y la que enseña que no puede haber delito de falsedad sin un daño potencial o real— resultaría una violación de la ley penal, en el caso de estudio. Porque hay una norma (el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal) que eleva a delito el hecho de decir que el testimonio fue recibido por el jefe de la oficina, sin que en realidad lo fuera; la ley dice que "por ese solo hecho" el funcionario es responsable del delito de falsedad en documeno público; por ese solo hecho, o sea sin tomar en cuenta consideraciones de otra clase, como las consiguientes al daño, se hace el investigador responsable de una infracción; luego si ahora se dice que, además, es indispensable que se haya causado un perjuicio real o potencial, se agregaría un elemento no previsto en la ley que creó un delito formal, llegando por vía jurisprudencial a la derogatoria de hecho de la norma. Se dice derogatoria, porque, como antes se explicó, las declaraciones así recibidas son válidas y entonces nunca habría lugar a poner en vigencia la orden contenida en el comentado artículo 235 del C. de P. P.".

* * *

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al responder el traslado, solicita que revoque el auto materia de la apelación y, en su lugar, se profiera sobreseimiento definitivo en favor del doctor Guillermo Fernández, en relación con el cargo que le fuera hecho.

Fundamenta el Ministerio Público su petición en las consideraciones siguientes:

Que de acuerdo con jurisprudencia de la Corte Suprema, dejada en auto del seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco (GACETA JUDICIAL, número 2.160|61, página 867) y relacionada con las previsiones contenidas en el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal, "el legislador establece una presunción de legalidad sobre los hechos declarados y sobre los actos pasados ante el funcionario público, y la autenticidad de los unos y de los otros no puede en ningún caso quedar sometida a la voluntad caprichosa del declarante, para negar posteriormente lo afirmado, ni al arbitrio del funcionario que lo recibe para modificarlo después, sino a lo que conste en dicho documento cuando él se expide o cuando la declaración se recibe; por esto es, por lo que, la ley para garantizar la fe pública debida a dichos documentos sanciona como delito de falsedad las alteraciones que en ellos se cometen o las aseveraciones falsas que en ellos se certifican, pero, cuando se alega la falsedad, ésta debe probarse". Que, en consecuencia, "cuando en la declaración existe constancia de que ella fue tomada por el Juez o funcionario que la recibe; que el testigo fue previamente juramentado y que ella fue leída personalmente por el declarante o por el secretario debidamente autorizado por aquél, ésta, la declaración, se presume auténtica por ser un documento público expedido con las formalidades legales, pues el delito de falsedad no se configura por la simple afirmación que posteriormente haga el testigo de que no se le recibió juramento, o de que el Juez no estuvo presente en su recepción, o de que en ella se hicieron constar hechos que no fueron relatados por el declarante, sino por la demostración plena de ser falsos los hechos que constan o se certifican en la declaración. De no ser así, la fe debida a los documentos públicos estaría sujeta a la voluntad de quien declara y no a la ley que garantiza la autenticidad de los mismos".

Y como "la rectificación o rectificaciones del señor Torres", concluye el señor Procurador, "acerca de su declaración rendida ante la Fiscalía Tercera Superior de Bucaramanga, no tienen el menor valor ni merecen crédito alguno", pues "un individuo conocedor indiscutiblemente de las formalidades o ritualidades que son propias de los actos judicales... (como que el señor Torres fue Secretario del Juzgado del Circuito —véase folio 7, cuaderno 1º)... que permite que en los que en él participe, por una u otra razón, se pretermitan o proscriban, y que luégo entra a denunciar tal hecho, procede indudablemente de mala fe", es del caso que la Corte "revoque el auto que ha sido materia de la apelación y, en su lugar, sobresea definitivamente al doctor Guillermo Fernández, en su calidad que fue de Fiscal del Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, por el cargo de falsedad en documento público que

ha sido estudiado en este negocio (artículo 437 del C. de P. P., Ord. 1º").

* * *

SE CONSIDERA:

Como por el Acto Legislativo número 1º de 1945 (artículo 44) se dio a los funcionarios del Ministerio Público "la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo" (artículo 142 de la actual codificación constitucional), y no siendo, de otra parte, aceptable que en las causas de responsabilidad que se les sigan a los Agentes del Ministerio Público sean juzgados por funcionarios de igual o de inferior categoría, la Corte Suprema, en sentencia de 23 de enero de 1953 (Tomo LXXIV de la GACETA JUDICIAL, página 145), concluye en que "los Tribunales Superiores de Distrito y la Corte sí tienen competencia para conocer de los negocios penales seguidos contra los personeros municipales...." que ejercen su cargo en las cabeceras de circuito y contra los Fiscales de los Juzgados Superiores, pues la equivalencia de privilegios señalada en la Constitución con respecto a los jueces ante quienes ejercen sus funciones hace procedente lo previsto en el ordinal 1º del artículo 44 del C. de P. P., que da competencia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para conocer, en primera instancia, de dichas causas de responsabilidad que se sigan a los Jueces Superiores y a los Jueces de Circuito.

Era, pues, competente el Tribunal Superior de Bucaramanga para calificar el mérito de esta averiguación penal, en primera instancia, ya que a los folios 10 y 14 vuelto aparecen las copias del nombramiento y posesión del doctor Guillermo Fernández, como Fiscal del Juzgado Tercero Superior de la citada ciudad, a más de la certificación de que en la fecha en que pudieron tener ocurrencia los hechos denunciados desempeñaba ese cargo.

Ahora bien:

Estima el Tribunal Superior en la providencia que se revisa, que si bien no puede hablarse de la ocurrencia de daño alguno en el supuesto de la falsedad documentaria imputada al doctor Fernández, pues según algunas jurisprudencias las declaraciones recibidas sin que el testigo sea "interrogado personalmente por el funcionario de instrucción o el Juez, ante su Secretario", como lo dispone el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal, "son válidas y deben ser consideradas en juicio", no por ello se puede concluir, con apoyo en la jurisprudencia de esta Corte, conforme a la cual "el delito sin daño o sin la posibilidad de dañar es jurídicamente inconcebible..." (Casación de 28 de abril de 1958, página 757 del número 2.195|96), que los hechos averiguados, en la hipótesis de que estuviesen plenamente acreditados, no constituyan el delito de falsedad en documento público, pues ese mismo artículo 235 del Código de Procedimiento Penal "eleva a delito el hecho de decir que el testimonio fue recibido por el jefe de la oficina, sin que en realidad lo fuera...", expresando que el "funcionario es responsable del delito de falsedad en documento público por ese solo hecho, o sea sin tomar en cuenta consideraciones de otra clase, como las consiguientes al daño".

Desprende de lo anterior el **a-quo** la improcedencia de un sobreseimiento definitivo en favor del procesado, ya que no podría aceptarse que los hechos de que fue sindicado el doctor Fernández, de resultar probados, no configuren infracción penal alguna (segunda hipótesis del ordinal 1º del artículo 437 del C. de P. P. sobre viabilidad de dicho sobreseimiento definitivo).

Cabe admitir esta conclusión del Tribunal, sinembargo de que son otras las consideraciones que permiten fundamentarla.

En efecto:

Si bien el Tribunal Superior de Bogotá, en providencia publicada en la revista "Justicia" (página 235, de los números 69 a 71), expresa que "la omisión de la circunstancia a que alude el artículo 235 del Código de Procedimento Penal no invalida la esencia de los testimonios", no corresponde acoger tal afirmación, pues la misma norma citada preceptúa que "la declaración que no fuere recibida conforme a lo dispuesto en este artículo, no tendrá valor alguno", siendo, por consiguiente, absurdo que produzca el efecto jurídico a que está llamada, de constituír un medio de prueba.

Cuando la ley exija, con sanción de nulidad, que se llenen ciertos requisitos en determinados actos y dichas formalidades no se observan o no se cumplen, el acto o diligencia será inexistente. Sin necesidad de resolución especial se deben considerar como si no se hubieran verificado tales actos. (Artículo 202 del C. de P. P.).

Pero no es la falsedad de la certificación dejada en la diligencia de recepción del testimonio sobre haber sido el testigo interrogado por el mismo funcionario de instrucción o el Juez, sin que ello sea cierto, lo que acarrea la invalidez de dicha dili-

gencia, sino la inobservancia de ese requisito legal.

No puede, entonces, suponerse que el funcionario que incumple lo preceptuado en ese artículo 235 del Código de Procedimiento Penal tenga el propósito de invalidar esa diligencia, al dejar la certificación falsa de que interrogó personalmente al declarante, pues esa invalidez surge del solo incumplimiento de ese requisito.

Antes bien, al certificar el funcionario, contra la verdad, que personalmente interrogó al testigo, da ocasión, con esa falsedad, para que se tenga por válida esa diligencia, aunque originada en un delito, cuando tal hecho no sea descubierto.

De otra parte, se encuentra el daño o peligro de daño, si bien en lo que respecta a la tutela de lo formal del documento, en el ataque a lo que Binding llama "la recta efectividad de la prueba" y Antonio Quintano Ripolles "la genuinidad documentaria" (página 109 de su obra "La Falsedad Documental"), intereses que son señalados por dichos tratadistas como constitutivos de la objetividad jurídica del delito de Falsedad en Documentos.

Pero en el caso de falsedad en documento público que se examina y a que se refiere el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal (que no es otro que el previsto en el ordinal 4º del artículo 231 del Código Penal), además de esa ofensa a lo formal del documento (recta efectividad de la prueba o genuinidad documentaria) se origina, por lo menos, el peligro de daño consistente en la oportunidad que dicha falsedad ofrece para que tenga eficacia procesal, efectos jurídicos probatorios, una diligencia cumplida sin los requisitos necesarios para su validez, eficacia posible sólo por esa certificación falsa y cuando el delito no sea descubierto.

No trae el citado precepto una definición específica de delito de falsedad en documento público, como que, de una parte, no es de la pertinencia de un estatuto procesal definir las conductas punibles, y de otra, allí no se indican las sanciones que fuera del caso aplicar si tal definición delictiva se hiciese en dicho artículo. Buscó el redactor del actual Código de Procedimiento Penal dar mayor fuerza al mandato que dejaba sobre la manera de recibir al testigo su declaración, recordando la consumación del delito de falsedad en documento público, conforme a lo previsto en el Código Penal, que se consumaría en caso de una certificación del funcionario contraria a la verdad sobre el cumplimiento de los requisitos señalados en ese artículo 235 del C. de P. P.

En todo delito de falsedad en documento es menester que el agente proceda con la intención o con la voluntad o conciencia de efectuar una inmutación de la verdad, sabiendo que daña o puede dañar (G. J., números 2195[96, página 757, auto de 28 de abril de 1958).

Y es que siendo de la esencia del dolo "la conciencia, la voluntad o la intención, según la doctrina que se prefiera, de realizar un hecho ilícito", y ocurriendo, para los fines represivos de la ley penal, que solamente pueden constituír hechos ilícitos aquellos que acarreen un daño o arrojen la posibilidad de causarlo, no era necesario, a los fines de precisar el dolo genérico en los casos de falsedad documentaria, que en cada una de las definiciones punibles sobre esta materia se indicara, de una parte, que el hecho representase, al menos, una posibilidad de daño (delito de peligro), y de otra, que el agente, al proponerse cumplir esa inmutación de la verdad o ese atentado a la "genuinidad documentaria" o a la "recta efectividad de la prueba", conociera, al menos, que puede ocasionar un daño en los intereses jurídicos ajenos. Esto, porque sin la conciencia de lo ilícito no hay dolo; y no existen ilícitos penales que sean inocuos en cuanto a la producción de un daño o que representen, siquiera, un peligro de daño. Además, porque actúa con dolo únicamente quien en el momento de la acción toma conciencia de un resultado delictuoso cierto, probable o posible, esto es, de un resultado dañoso o que representa un peligro de daño.

El tratadista Quintano Ripolles, en su obra ya citada (páginas 154 y 155), refiriéndose al elemento subjetivo en el delito de falsedad en documentos, dice lo siguiente:

"Si la razón de ser de la falsedad documental es la alteración de una genuinidad susceptible de perturbar el orden jurídico, sólo la antijuricidad de este dolo finalista dinámico es la que ha de servir para estructurar plenamente la infracción. En este sentido tan sólo es lícito afirmar que el dolo genérico basta en la falsedad, porque en él se ha prefigurado el resultado legal en la voluntad del agente".

Y antes, a las páginas 97 y 98, observa este mismo autor lo que pasa a transcribirse:

"En una sistemática formalística de la falsedad, en que el documento se concibe a modo de tabú sacrosanto, toda modificación de sus formas y ele-

mentos originales, aun los accesorios, constituiría delito de falsedad. Tan deshumanizado concepto de ritualismo es, naturalmente, contrario a los más elementales principios de derecho, especialmente de los del penal, tan inevitablemente impregnado de sustancias humanísticas. Aún en los sistemas de legalismo tan estricto como el nuestro y todos los que nacieron a la sombra del código napoleónico, la falsedad documental no puede ser ya tratada de ese modo cuasi-mágico, bien que no puedan ser desconocidos en absoluto los fueros de lo ritual, especialmente en los documentos auténticos portadores de la fe pública. En términos generales, como ya se dijo, a éstos solos conviene el máximo de protección y rigor formal, debiendo sentarse la tesis de que a mayor categoría procesal del documento corresponde una más estricta rigidez formalística, la que va desarticulándose hasta llegar al extremo bajo de la escala, el documento privado, en el cual la forma no cuenta ni basta, exigiéndose precisamente el resultado perjudicial o la intención de causarlo".

El Código Penal Colombiano, anota la Sala, es finalista en los casos de falsedad en documento privado (artículo 240) y en los eventos de uso, a sabiendas, de un documento público o el de aquellos que mencionan los artículos 232 y 233 (artículo 234 del Código Penal), pues en todas estas hipótesis delictivas se requiere, como expresamente lo indican estas disposiciones, que la actividad falsificadora cause perjuicio a tercero, o que, al menos, exista en el agente el propósito de lucro o el de perjudicar a alguien, constituyendo dicho resultado dañoso o ese dolo específico ("intendio lucrandi" o "intendio nocendi") condiciones típicas, elementos específicos del hecho en esos eventos de falsedad documentaria.

En cambio, no señala el Código Penal ninguna de esas condiciones como elementos constitutivos del delito en los casos de falsedad en documento público (artículo 231), ni en aquellos a que se refieren los artículos 232, 233, 235, 236, 237, 238, 239, 243, 244, 245 y 246, pues en ninguna de estas disposiciones se indica que la conducta debe ocasionar un daño a tercero o que, siquiera, exista en el agente el propósito de lucro ilícito o la intención de perjudicar a alguien. No obstante y por cuanto no puede existir delito sin que ocasione un daño o represente, siquiera, un peligro de daño, en las hipótesis de los artículos últimamente citados, ya sea que lesionen lo que Binding llama la "recta efectividad de la prueba" y Quintano Ripolles "la genuinidad documentaria", dicha lesión no puede resultar inocua en cuanto, asimismo, ocasione un daño a los derechos ajenos o represente, siquiera, un peligro de daño para los mismos. Esto, porque si de la falsedad en documentos se trata, y no pudiéndose hablar de documento sin la presencia de un escrito con atinencia jurídica, es lógico que la actividad falsaria debe incidir en lo concerniente a los efectos jurídicos del documeno y dar lugar, en consecuencia, a un daño en el interés ajeno que esa atinencia jurídica representa, o por lo menos producir un peligro de daño a dicho interés.

Explica Manzini (Tratado de Derecho Penal Italiano, Turín, 1938, T. V., página 95), que "documento vale tanto como escritura fijada sobre un medio transmisible y debida a autor determinado, que contenga manifestaciones y declaraciones de voluntad o atestación de verdad, aptas para fundar o impedir una pretensión jurídica o a probar un hecho jurídicamente relevante en una relación procesal o jurídica".

De ahí que la alteración de la verdad en un documento que no afecte esa atinencia jurídica, esas "manifestaciones y declaraciones de voluntad o atestación de verdad, aptas para fundar o impedir una pretensión jurídica o a probar un hecho jurídicamente relevante en una relación procesal o jurídica", es indiferente a la represión penal prevista para tutelar los intereses que se amparan en la represión penal de los delitos de falsedad en documentos, así se hable de lesión de la "fe pública", o de la "recta efectividad de la prueba", o de la "genuinidad documentaria".

Con exacta pertinencia señaló, sobre este particular, el siguiente ejemplo la Corte en el fallo ya citado:

"Existe, por ejemplo, una escritura pública en la que consta que Pedro vendió a Diego, cuya identificación ha quedado debidamente establecida, un determinado bien raíz. Y el comprador, hombre vanidoso y fatuo que se hace llamar doctor, sin serlo, por sus relacionados, obtiene que el notario le expida una copia auténtica en la que en lugar de decirse Diego se expresa doctor Diego. Allí hubo una inmutación de la verdad, con la conciencia y hasta con el propósito de inmutarla, e imitación de la verdad, y, consiguientemente, una falsedad, en el sentido vulgar del vocablo, por cuanto hay falta de conformidad entre el original y la copia. Pero esa no es una falsedad punible, por la razón potísima de que la copia testifica exactamente la relación jurídica documenada en el original, por una parte, y no

sirve, por la otra, para acreditar la calidad de doctor falsamente atribuída".

De ahí que para el dolo de la falsedad sea menester que el agente proceda con la intención o conciencia de efectuar una inmutación de la verdad, sabiendo que daña o puede dañar.

Y en el caso **sub-judice**, de haber resultado plenamente probados los cargos hechos al doctor Guillermo Fernández, se encontraría el daño o peligro de daño que debe darse en el delito de falsedad en documento público a que se refiere el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal en el ataque a la "recta efectividad de la prueba" o a la "genuinidad documentaria", permitiendo que sea eficaz procesalmente una diligencia cumplida sin los requisitos necesarios para su validez, con daño de las garantías que las normas de procesamiento penal representan, al hacer pertinentes los efectos jurídicos de un testimonio como medio de prueba, eficacia debida, auncuando de manera delictuosa, a esa certificación falsa sobre cumplimiento de las condiciones mencionadas en el citado artículo 235 del Código de Procedimiento Penal.

Por estas consideraciones, aceptando, como ya se dijo, la conclusión a que llega el Tribunal de Bucaramanga, no era del caso sobreseer definitivamente en este negocio sobre la base de que los hechos denunciados no constituyen delito, si ellos hubieran sido plenamente probados.

En cambio, corresponde sobreseer de manera definitiva en favor del doctor Guillermo Fernández, ya que resulta evidente que los hechos porque fue sindicado no existieron, siendo aplicable la primera hipótesis de lo previsto en el ordinal 1º del artículo 437 del C. de P. P.

En efecto:

Es indudable, como lo anota el señor Procurador, que el testimonio del señor Jorge E. Torres, única prueba de cargo contra el doctor Fernández, no ofrece credibilidad alguna, como que no sólo la vaguedad que presentan sus afirmaciones le restan toda verosimilitud a su relato, sino que la extraña conducta de este testigo al suscribir el acta de esa declaración sin reclamo alguno de su parte, para luégo (únicamente ocho días después) tachar de falsa la certificación dejada por los funcionarios que la recibieron, hace pensar en una infundada queja del nombrado Torres.

Y no habiendo sido probada la tacha de falsedad aludida, ni existiendo sospecha seria alguna que justifique proseguir esta averiguación penal, corresponde, en la forma solicitada por el señor Agente del Ministerio Público, poner término a este proceso.

Es del caso, por tanto, atender lo pedido por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, sobre revocatoria del auto recurrido para sobreseer definitivamente, en cambio, en favor del doctor Guillermo Fernández, en este proceso.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador Fiscal, REVOCA la providencia recurrida de que se ha hecho mérito en este auto y, en cambio, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor GUILLERMO FERNANDEZ, con respecto a la imputación de falsedad en documento público que le fue hecha por razón de sus funciones como Fiscal del Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga.

Devuélvase este proceso al citado Tribunal.

Cópiese y notifíquese.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

LA PRESCRIPCION EXTINTIVA DE LAS ACCIONES POR FALTAS EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA, EN LOS CASOS DE LOS CINCO PRIMEROS NUMERALES DEL ART. 10 DE LA LEY 21 DE 1931, ES LA CONTEMPLADA EN EL ART. 105 DEL C. P. EN ARMONIA CON EL 10 DE LA MISMA OBRA, POR TRATARSE DE MATERIAS EN CONEXION MAS O MENOS ESTRECHA CON DELITOS, EN TANTO QUE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION EN EL CASO DE LA CAUSAL SEXTA IBIDEM, SE RIGE POR EL ARTICULO 115 DEL MISMO CODIGO, POR PERTENECER AL GRUPO DE LAS CONTRAVENCIONES, PORQUE SE TRATA DE ACTOS O HECHOS DISTINTOS DE LOS CONTEMPLADOS EN LOS OTROS NUMERALES DE DICHA NORMA

Las infracciones penales, según el artículo 2º de la Ley 95 de 1936, "se dividen en delitos y contravenciones", y la represión de éstas, salvo norma en contrario, corresponde "a la Policía".

Las fronteras entre estos dos grupos de hechos punibles no son claras ni en la doctrina de los expositores ni en las diversas legislaciones del mundo. Mas para resolver lo tocante a la prescripción de la acción penal por "faltas" contra la ética de la abogacía en el derecho colombiano, no es necesario perderse en un dédalo insoluble, sino que hay que plantear el problema en términos precisos, eliminando todo aquello que le sea ajeno.

La primera de las seis causales señaladas por el artículo 10 de la Ley 21 de 1931 "para no ser admitido como abogado o para que se cancele la inscripción y admisión...", puede ocurrir en uno de dos momentos: o cuando la persona, condenada antes a sufrir pena aflictiva y sin haber obtenido rehabilitación del caso, pide que se la admita como profesional de la abogacía; o cuando, recibida e inscrita como abogado es luego condenada a tal género de pena. Y lo propio debe decirse MOTATIS MUTANDIS de las demás causales.

En otras palabras, todas esas causales, según el instante en que se configuren, son impedimento para la inscripción y la matrícula del abogado, o constituyen motivos para que una y otra, en juicio se cancelen o suspendan. Lo primero pertenece al orden meramente disciplinario y preventivo; y lo segundo, abarca también el penal.

Este último aspecto es el que ahora conviene examinar en cuanto se relaciona con la prescripción que extingue la acción por faltas contra la ética EN EL EJERCICIO de la abogacía.

Circunscrito de este modo el problema, no es difícil fijar un criterio para saber cuál de los dos artículos —el 105 o el 115 del C. P.— es el que regula dicha prescripción.

Las cinco primeras causales del artículo 10 de la Ley 21 de 1931 se refieren a hechos que pueden originar, cuando menos, o contribuir a la formación de figuras delictivas. Allí no se trata, como es obvio, de meras contravenciones, es decir, de hechos cuya represión corresponde, por regla general, a la Policía. (V. num. 2º, artículo 1º ibidem).

Acerca de la causal cuarta o sea de la intervención del profesional "en actos o contratos simulados", hay que distinguir dos especies que tienen consecuencias diferentes: la civil y la penal. La primera siendo inane, produce o puede producir ciertos efectos patrimoniales o económicos; la segunda, por ser nociva o antisocial, es delictuosa.

A esta última clase de simulación, y no a la otra, es a la que se refiere sin duda la mencionada causal cuarta.

De todo lo anterior resulta que, por tratarse de materias en conexión más o menos estrecha con delitos, la prescripción extintiva de las acciones por faltas EN EL EJERCICIO de la abogacía, en los casos de los cinco primeros numerales del artículo 10 de la Ley 21 de 1931, es la contemplada en el artículo 105 del C. P. en armonía con el 10 de la misma obra.

En cuanto a la causal sexta de las que se

vienen estudiando, el criterio tiene que ser otro; porque los "actos notoriamente atentatorios de la moral profesional" no pueden ser delitos, ni en sentido estricto ni en sentido amplio, mientras no figuren concretamente predeterminados como tales en la ley. NULLUM CRIMEN SINE LEGE (artículo 28 de la Constitución). El Tribunal y no el Legislador, es quien decide, en cada caso concreto, verdad sabida y buena fe guardada, si el infractor ha ejecutado o no "actos notoriamente atentatorios de la moral profesional". Así pues, lo tocante al numeral 6º del artículo 10 de la Ley 21 de 1931, pertenece sin lugar a duda al grupo de las contravenciones, porque se trata de actos o hechos DISTINTOS de los contemplados en los otros numerales de dicha norma. Pero el arbitrio del Tribunal requiere, para que sea viable, que el acto sobre el cual va a ejercerse esté ya previsto como contravención en algún estatuto, reglamento o norma con válido imperio coercitivo.

La prescripción de la acción en este caso se rige por el artículo 115 del C. P.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino)

Vistos:

El Tribunal Superior de Medellín en providencia de 24 de noviembre último suspendió "en el ejercicio de sus funciones de abogado y por un término de dos años al doctor **Arturo Berrío Parra**" y a la vez ordenó tomar "las copias pertinentes con el fin de investigar el presunto delito de abuso de confianza".

El doctor Berrío Parra, o sea el abogado suspendido, apeló de tal decisión. El asunto vino a la Corte; se cumplieron en esta Corporación los trámites de la segunda instancia; y no observándose nulidad en el procedimiento, la Sala entra a decidir en segundo grado, lo que sea legal, mediante las siguientes consideraciones:

DICTAMEN DE LA PROCURADURIA

En escrito de 10 de abril de 1959, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal manifiesta que, a su parecer, debe aplicarse a este caso la prescripción extintiva contemplada en el artículo 115 del C. P., por tratarse de contravenciones y no de delitos.

Luego entra el mismo despacho a refutar la doctrina de la Corte expuesta en la providencia que le puso fin al juicio seguido a Pablo Emilio Vargas Gutiérrez por faltas contra la ética profesional (G. J. Tomo LXXXVII, págs. 768 y ss.).

Las razones de la Procuraduría pueden resumirse así:

1. "Las contravenciones" en el derecho penal colombiano constituyen "el único grupo oponible a los delitos, por haber sido adoptada... la clasificación bipartita". En el Código Penal las **faltas** contra la ética en el ejercicio de la abogacía no figuran como delitos; luego hay que considerarlos como contravenciones.

2. El Código Penal "no reglamenta la materia de las contravenciones, puesto que ni siquiera les dedica uno solo de sus libros".

3. El Código Penal apenas establece en este particular, "un tratamiento" basado en "la simple imputabilidad material (artículo 13)"; "en erigir como causal de exención de responsabilidad penal, la ignorancia de que el hecho en que la contravención consista, esté prohibido en la ley", "cuando esa ignorancia haya dependido de fuerza mayor (ord. 3 del artículo 23)"; "en disponer que la acción penal prescribe en el término de un año (artículo 115)"; "en descartar como elemento demostrativo de la reincidencia, la contravención cometida por el sentenciado por un delito, durante el lapso a que se refiere el artículo 34 (artículo 35)"; finalmente, 'en rebajar la sanción impuesta cuando la falsa imputación hecha ante la autoridad se refiere a una contravención (artículo 189), o en sustituír, en tratándose de encubrimiento, la pena de arresto... por la de multa, cuando lo que se encubra sea una contravención (artículo 199)".

Hasta aquí, cabe observar que los puntos 2 y 3 de la argumentación del Ministerio Público, no sólo no sirven para respaldar su tesis sino que resultan extraños al problema que se debate, o sea, al de averiguar si la acción por faltas contra la ética profesional prescribe con arreglo al artículo 115 del C. P., como si fuesen contravenciones, o de conformidad con el artículo 105 de la misma obra en el caso de que haya que atribuírle a esas **faltas** otro carácter.

La Procuraduría invoca luego la opinión de varios tratadistas para fijar la diferencia que existe entre los delitos y las contravenciones; y por último llega a la conclusión de que las faltas de que aquí se habla están incluíddas en el segundo de estos grupos, por cuanto la ley 69 de 1945, para "evitar **males mayores** en el campo de las relaciones entre el abogado y su clientela", estableció "ciertas prohibiciones complementarias de las que corresponden a los delitos". A juicio del Ministerio Público, es tan cierto que las referidas faltas no pueden ser sino contravenciones que el mismo artículo 9º de aquella ley, al reprimirlas, advirtió que ello se haría "sin perjuicio de la acción penal".

CRITERIO DE LA CORTE

Las infracciones penales, según el artículo 2º de la ley 95 de 1936, "se dividen en delitos y contravenciones", y la represión de éstas, salvo norma en contrario, corresponde "a la Policía".

Las fronteras entre estos dos grupos de hechos punibles no son claras ni en la doctrina de los expositores ni en las diversas legislaciones del mundo. Mas, para resolver lo tocante a la prescripción de la acción penal por "faltas" contra la ética de la abogacía en el derecho colombiano, no es necesario perderse en un dédalo insoluble, sino que hay que plantear el problema en términos precisos, eliminando todo aquello que le sea ajeno.

El artículo 10 de la ley 21 de 1931 es del tenor siguiente:

"Son causales para no ser admitido como abogado o para que se cancele la inscripción y admisión:...

"1ª Haber sido condenado a sufrir pena aflictiva y no haber sido rehabilitado por el Senado;

"2ª Haber sido condenado por prevaricato o por violación del secreto profesional;

"3ª Haber intervenido en cualquier forma en la celebración de actos tendientes a sustraer fraudalentamente los bienes a la persecución de los acreedores de una persona o a menoscabar las legítimas establecidas por la ley;

"4ª Haber intervenido en actos o contratos simulados,

"5ª Haber usado a sabiendas como pruebas, declaraciones de testigos falsos o perjuros;

"6ª Haber ejecutado actos notoriamente atentatorios de la moral profesional, a juicio del Tribunal respectivo".

Se observa:

La primera de las transcritas causales puede ocurrir en uno de dos momentos: o cuando la persona, condenada antes a sufrir pena aflictiva y sin haber obtenido rehabilitación del caso, pide que se la admita como profesional de la abogacía; o cuando, recibida e inscrita como abogado es luego condenada a tal género de pena. Y lo propio debe decirse **mutatis mutandis** de las demás causales.

En otras palabras: todas esas causales, según el instante en que se configuren, son impedimento para la inscripción y la matrícula del abogado, o constituyen motivos para que una y otra, en juicio se cancelen o suspendan. Lo primero pertenece al orden meramente disciplinario y preventivo; y lo segundo, abarca también el penal.

Este último aspecto es el que ahora conviene examinar en cuanto se relaciona con la prescripción que extingue la acción por faltas contra la ética **en el ejercicio** de la abogacía.

Circunscrito de este modo el problema, no es difícil fijar un criterio para saber cuál de dos artículos —el 105 o el 115 del C. P.— es el que regula dicha prescripción.

Las cinco primeras causales del artículo 10 de la ley 21 de 1931 se refieren a hechos que pueden originar, cuando menos, o contribuír a la formación de figuras delictivas. Allí no se trata, como es obvio, de meras contravenciones, es decir, de hechos cuya represión corresponde, por regla general, a la Policía. (V. num. 2º, artículo 1º ibidem).

Acerca de la causal cuarta o sea de la intervención del profesional "en actos o contratos simulados", hay que distinguir dos especies que tienen consecuencias diferentes: la civil y la penal. La primera siendo inane, produce o puede producir ciertos efectos patrimoniales o económicos; la segunda, por ser nociva o antisocial, es delictuosa.

A esta última clase de simulación, y no a la otra, es a la que se refiere sin duda la mencionada causal cuarta.

De todo lo anterior resulta que, por tratarse de materias en conexión más o menos estrecha con delitos, la prescripción extintiva de las acciones por faltas **en el ejercicio** de la abogacía, en los casos de los cinco primeros numerales del artículo 10 de la ley 21 de 1931, es la contemplada en el artículo 105 del C. P. en armonía con el 10 de la misma obra.

En cuanto a la causal sexta de las que se vienen estudiando, el criterio tiene que ser otro; porque los "actos notoriamente atentatorios de la moral profesional" no pueden ser delitos, ni en sentido estricto ni en sentido amplio, mientras no figuren concretamente predeterminados como tales en la ley. **Nullum crimen sine lege** (artículo 28 de la Constitución). El Tribunal y no el Legislador, es quien decide, en cada caso concreto, verdad sabida y buena fe guardada, si el infractor ha ejecutado o no "actos notoriamente atentatorios de la moral profesional". Así pues, lo tocante al numeral 6º del artículo 10 de la ley 21 de 1931 pertenece sin lugar a duda al grupo de las contravenciones, porque se trata de actos o hechos **distintos** de los contemplados en los otros numerales de dicha norma. Pero el arbitrio del Tribunal requiere, para que sea viable, que el acto sobre el cual va a ejercerse, esté ya previsto como contravención en algún estatuto, reglamento o norma con valido imperio coercitivo.

La prescripción de la acción en este caso se rige por el artículo 115 del C. P.

El asunto de autos evidentemente no se refiere a la expresada causal sexta. Y como aún no han transcurrido los cinco años de la prescripción extintiva (artículo 105 C. P.) hay que entrar a decidirlo en el fondo.

La Procuraduría resume los elementos del juicio así:

ANTECEDENTES

"Ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Girardota, la señora María de Jesús Castillo viuda de Bedoya, por intermedio de su apoderado el doctor Arturo Berrío Parra, residente en Medellín, inició un juicio de venta de bienes hipotecados contra los herederos de la señora Ana Eva Castillo viuda de Hernández. Al tramitarse tal juicio llegó el momento de proceder al remate de los bienes trabados en el mismo, ocurriendo entonces que uno de los herederos de la señora viuda de Hernández, don Arturo Hernández Castillo, días antes del señalado para la subasta trató de llegar a un arreglo amigable con el apoderado de la ejecutante, para cuyo efecto le entregó a éste la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente, a buena cuenta del crédito y con destino a la misma ejecutante.

"Dicha entrega se efectuó el día 8 de febrero de 1957, según lo expresa el mismo doctor Berrío Parra (fl. 5 v. cuad. 1º), y el dinero aún **permanece en poder del abogado** a pesar de los diferentes requerimientos que en una u otra forma le han sido hechos con anterioridad a la iniciación del presente negocio sumario.

"3º Los varios subterfugios y las habilidosas razones ofrecidas por el abogado Berrío Parra para eludir la entrega del dinero que recibió han sido atinadamente analizadas en el fallo contra el cual se ha alzado el acusado, no siendo necesario reproducir aquí tal análisis porque él se roza directamente con el tema que más adelante desarrollará el suscrito.

"Pero en cambio sí se deja expresa anotación que el pretendido pago por consignación, cuyo diligenciamiento promovió el doctor Berrío Parra (fls. 2 v. a 4 y 9 a 11, cuad. 1º), no ha sido otra cosa que una simple comedia para disimular la apropiación indebida de la suma por el mismo Berrío recibida en su calidad de mandatario, habiendo así incurrido en la violación de los artículos 412 y 413 del Código Penal.

"Y la comedia es tanto más cierta cuanto que habiéndose concedido por el Juzgado un último plazo para que consignara en legal forma el dinero retenido o apropiado, el acusado dejó vencer el término fijado y nunca más se hizo presente en el respectivo negocio judicial".

No estando prescrita la acción por no haber transcurrido los cinco años de que trata el inciso final del artículo 105 de la ley 95 de 1936; y teniendo por otra parte la sentencia recurrida amplio respaldo y justificación en los antecedentes recién transcritos, es el caso de confirmarla sin necesidad de agregar otras argumentaciones.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— de acuerdo en parte con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la decisión materia de la alzada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barrera Domínguez—Salvo mi voto, **Luis Eduardo Mejía Jiménez — Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio — Alejandro Camacho Latorre,** Conjuez.—**Pioquinto Latorre L.**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR LUIS EDUARDO MEJIA JIMENEZ

El suscrito comparte el criterio de la Procuraduaría, según el cual las "faltas" a que se refiere la Ley 69 de 1945, tanto las graves como las leves, se equiparan a contravenciones, cuya prescripción se cumple en un año, en lo que respecta a la acción penal.

Sintéticamente, sirven de apoyo a su punto de vista, las siguientes razones:

a) Tanto las "faltas" contempladas en la Ley 69, como las "contravenciones" que describen los tratadistas, son figuras penales creadas por el legislador, en ejercicio de la función pública de reprimir los hechos antisociales o dañosos, para fines de interés público o social.

b) No se trata, por lo visto, de normas de derecho meramente privado, cuyos fines sean de tal calidad; tampoco de aspectos sui-generis de una especie de derecho penal administrativo distinto del derecho penal común.

c) No habiendo el legislador de 1945 hecho la reserva de que las faltas previstas en la Ley 69 fueran diversas de las contravenciones, debe entenderse que quiso mantener la clasificación bipartita de las infracciones penales, de forma tal, que, no siendo las faltas delitos, se integren en el grupo de las contravenciones.

d) Es lógico deducir que el procedimiento breve y sumario ordenado en la Ley 69 guarda perfecta armonía y riguroso paralelismo con la prescripción de corto tiempo contemplada en el artículo 115 del C. P., y que, por ello, aparte de motivos de conveniencia, se creó dicho procedimiento.

e) Tanto desde el punto de vista meramente gramatical, como desde el dominante en la doctrina jurídica, los términos "falta" y "contravención" se reputan o tienen por sinónimos.

No importa, pues, que el legislador de 1945 hubiera adoptado el término "falta", que es sinónimo, como acaba de decirse, del término "contravención".

La mayoría de la Sala, para negarse a declarar la prescripción en este negocio, opta por hacer una discriminación de faltas, según la cual equivalen a "contravenciones" las llamadas leves por la Ley, y no lo son, en cambio, las calificadas de "graves". Y el criterio que le sirve para esta diferenciación, es tan simple, que se quiebra de puro sutil: las "graves" pueden "contribuír a la formación de figuras delictivas"; las leves no.

El suscrito cree que no hay medio: o las infracciones penales (pues lo son todas, sin duda) incriminadas en la Ley 69 de 1945 como "faltas", son contravenciones en el sentido del Código Penal, o no. En esta última hipótesis, tampoco las "leves" podrían tener la prescripción de corto tiempo (un año). En la primera, tal fenómeno jurídico se cumple en un año.

Lo que no entiende el suscrito Magistrado es que las faltas leves, por ser tales, sí sean contravenciones; y que las "graves", por su sola vinculación a figuras delictivas, hayan de reputarse por cosa distinta y nueva, que rompe la armonía del sistema penal colombiano.

O todas son contravenciones, o ninguna lo es. De otra suerte, se dejaría de tener en cuenta que el legislador de 1945 contempló las hipótesis de que los hechos constitutivos de faltas, pueden también reprocharse a título de delitos. Hizo, pues, un doble enfoque de determinados hechos, enfoque según el cual la falta puede reprimirse autónomamente como tal, sin perjuicio de que se siga adelante el proceso en lo que el hecho pueda tener de delictuoso, conforme al derecho común.

Esto hace o permite que hechos graves, antisociales y dignos de severa represión, no se queden impunes, gracias a la prescripción de corto tiempo: basta con que se activen por la vía ordinaria (la de los delitos) los procesos correspondientes.

No ha sido convencido el suscrito por las razones de la mayoría de la Sala, y por esta causa, deja así consignadas en este escrito o salvamento de voto, las razones de su disentimiento.

Bogotá, 27 de agosto de 1959.

Luis Eduardo Mejía Jiménez

LA DISPARIDAD DE CRITERIO ENTRE LOS FUNCIONARIOS SOBRE UN PUNTO DE DERECHO, CUMPLIDA DE BUENA FE, NO ARGUYE ABUSO DE AUTORIDAD O PREVARICATO. — TERMINADO UN PROCESO, LAS CUESTIONES DE FONDO NO PUEDEN REVIVIRSE, SALVO ENLA FORMA Y CON LOS REQUISITOS PREVISTOS EN LA LEY. — CUESTIONES ACCESORIAS QUE PUEDEN PROPONERSE O DISCUTIRSE DENTRO DE LOS AUTOS, AUNQUE HAYA CONCLUIDO EL JUICIO PROPIAMENTE DICHO. — LOS INFORMES A QUE DEBE ATENERSE EL FUNCIONARIO, SON LOS QUE CONSTAN EN LOS ORIGINALES, Y NO EN LAS COPIAS QUE PRESENTEN LAS PARTES Y AUTENTICA EL SECRETARIO

La terminación de un proceso no está sujeta a principios absolutos, conforme a los cuales pueda fijarse el momento preciso de dicho evento. Lo esencial es que las cuestiones de fondo no pueden ser revividas, salvo en la forma y con los requisitos previstos en la ley. Pero hay cuestiones accesorias, que, aunque haya finalizado el juicio propiamente dicho, pueden discutirse o proponerse dentro de los autos, y que ligan al juez con la obligación de resolverlas. Tal ocurre, por ejemplo, con lo relativo a copias y desgloses y otras semejantes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, dos de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez)

Vistos:

Obtenida ya la Vista del señor Procurador, entra la Corte a resolver sobre la consulta de la providencia del Tribunal Superior de Cartagena, por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor del doctor Santiago Badel González, por los cargos que le formuló la denuncia del doctor Raimundo Emiliani Román, en escrito del 15 de marzo de 1957.

Tres son, en sustancia, los cargos de la denuncia, a que se contrajo la investigación:

1º Haber el doctor Badel González dictado, como Juez del Circuito Civil de Cartagena, una providencia por medio de la cual dispuso condenar en costas a la "Colombia Sugar S. A.", dentro del juicio ejecutivo adelantado ante él, a pesar de que el Tribunal Superior, al conocer del mismo negocio, había denegado dicha condena, por medio de proveído que ligaba al inferior, pues era una especie de ley del proceso.

2º Haber el mismo funcionario continuado conociendo del aludido negocio, cuando la jurisdicción la había perdido, por estar ya terminada la actuación y haberse dispuesto por el superior el archivo de los autos.

3º Haber el doctor Badel González desatendido la anotación del duplicado de un memorial, destinado al mismo juicio, duplicado de que se desprendía la falsedad o inexactitud del informe constante en el original, bajo la firma del Oficial Mayor.

La Sala analizará sucintamente los cargos anteriores, en el orden adoptado.

I. Condena en costas.

Evidentemente, en auto del 3 de septiembre de 1954, proferido dentro del juicio dicho, el Tribunal había denegado la condena en costas contra la entidad dicha. A pesar de ello, el 4 de mayo de 1956, el Juez Badel González condenaba a dicha entidad en costas y ordenaba su liquidación.

El procesado explica que el Tribunal había ordenado archivar el negocio y dictar las medidas conducentes al levantamiento del secuestro; y que, al ordenar éste, era necesario cumplir la disposición legal pertinente, según la cual "al decretar el desembargo o levantamiento del secuestro en los casos 1º, 3º, 4º, 6º y 7º del artículo anterior SE CONDENA EN COSTAS Y PERJUICIOS A QUIEN LOS HA CAUSADO" (artículo 294 del C. J.).

Lo que hubo fue, pues, una interpretación personal de la ley, hecha de buena fe, y que careció de eficacia, porque el Tribunal revocó el nuevo auto del funcionario. Y la disparidad de criterio

sobre un punto de derecho, cumplida de buena fe, no arguye abuso de autoridad o prevaricato.

II. Actuación posterior.

Debe tenerse en cuenta que la terminación de un proceso no está sujeta a principios absolutos, conforme a los cuales pueda fijarse el momento preciso de dicho evento. Lo esencial es que las cuestiones de fondo no pueden ser revisadas, salvo en la forma y con los requisitos previstos en la Ley. Pero hay cuestiones accesorias, que, aunque haya finalizado el juicio propiamente dicho, pueden discutirse o proponerse dentro de los autos, y que ligan al Juez con la obligación de resolverlos. Tal ocurre, por ejemplo, con lo relativo a copias y desglose, y otras semejantes.

En el caso en comento, las partes creyeron que todavía quedaba materia para ellos discutir, y ocurrieron al juez a formular sus peticiones. No podía negarse a considerarlas, para determinar lo que estimase legal. Posteriormente, el doctor Badel González optó por ordenar el archivo del proceso, con la circunstancia anotada por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Cartagena, de que "al mismo tiempo que se le censura este procedimiento, se le censura también el haberlo rectificado".

Caben, pues, observaciones semejantes a las anteriores: el hecho o hechos en sí, suponiéndolos irregulares en su sola materialidad o "forma", no implican delito, porque en parte alguna aparece intención desviada hacia una finalidad prohibida por las leyes.

III. La falsedad o diferencia de fechas.

Se trata de hecho imputado al Oficial Mayor del Juzgado, y no al Juez. Este explica, y tiene toda la razón, que los informes a que debe atenerse el funcionario, son los que constan en los originales, y no en las copias que presentan las partes y autentica o anota el Secretario. El Oficial Mayor le dio, al respecto, explicaciones que él estimó satisfactorias, sugiriendo, por su parte, una alteración hecha por uno de los interesados. Así consta debidamente.

Bastan las breves anotaciones precedentes, para concluír que debe confirmarse la providencia consultada. De igual parecer es el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien solicita se expidan las copias conducentes a la investigación del presunto cargo de falsedad, a que acaba de aludirse, en relación con personas no justiciables por la Corte en primera o segunda instancia. Su petición es lógica, y debe ser atendida.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la providencia consultada y dispone se expida, por el Tribunal consultante, copias de lo pertinente, para los efectos a que alude el señor Procurador.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barrera Domínguez — Luis Eduardo Mejía Jiménez — Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio. Gustavo Rendón Gaviria — Pioquinto León L., Secretario.

AL ESTABLECER EL DECRETO EXTRAORDINARIO 1.231 DE 1951 EN SU ART. 4º QUE, "EJECUTORIADO EL AUTO DE PROCEDER QUEDA ABIERTO EL JUICIO A PRUEBA POR EL TERMINO DE TRES DIAS...", LA LOCUCION "QUEDA ABIERTO EL JUICIO A PRUEBA" HA DE ENTENDERSE SOLO EN EL SENTIDO DE QUE EL TERMINO DEBE EMPEZAR A CORRER POR MINISTERIO DE LA LEY, UNA VEZ EN FIRME EL AUTO DE VOCACION A JUICIO, SIN PREVIOS TRASLADOS A LAS PARTES NI SOLICITUDES OBLIGATORIAS DE ELLAS, PERO NO PUEDE ATRIBUIRSELE EL ALCANCE DE EXIMIR AL JUEZ DE LA OBLIGACION DE DICTAR UNA PROVIDENCIA CON ORDEN DE NOTIFICARLA, PARA HACER SABER A LOS INTERESADOS QUE EL TERMINO DE PRUEBAS EMPIEZA A CORRER. — LA OMISION DE ESTE PROVEIDO ES CAUSAL DE NULIDAD.— INTERPRETACION DEL ARTICULO 16 DEL CITADO DECRETO. — LA NULIDAD DECLARADA EN UN PROCESO PENAL, AUNQUE LA DECLARACION SE HAGA POR LA CORTE EN VIRTUD DEL RECURSO DE CASACION, POR REGLA GENERAL APROVECHA A TODOS LOS PROCESADOS EN LA ACTUACION QUE ES ANULADA, SEAN O NO RECURRENTES, O QUE SIENDOLO, NO HUBIEREN FORMALIZADO EN TIEMPO OPORTUNO EL RECURSO ANTE LA CORTE. — CUANDO SE ENCUENTRA FUNDADA ALGUNA DE LAS CAUSALES ALEGADAS, ES INOFICIOSO EL ESTUDIO DE LAS RESTANTES QUE SE HAYAN INVOCADO

1.—El Decreto Extraordinario 1.231 de 1951 establece, en su artículo 4º, que, "ejecutoriado el auto de proceder queda abierto el juicio a prueba por el término de tres días..."; y, en su artículo 16, que "el presente Decreto rige desde la fecha de su expedición y quedan suspendidas todas las disposiciones legales que le sean contrarias".

No queda duda de que, en virtud de lo dispuesto por los preceptos anteriores, fueron suspendidos los artículos 442 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, sobre, "término de prueba", ni de que éste debe iniciarse inmediatamente después de la ejecutoria del auto de proceder, sin previos traslados a las partes ni solicitudes previas de ellas. Pero esto no quiere decir que se haya roto, por completo, el sistema del Código, en cuanto consagra el principio de la lealtad procesal, sobre todo, en materia de términos, que tiene por objeto evitar decisiones sorpresivas para los interesados, sin que hayan tenido oportunidad de ejercer sus derechos o ejercitar sus funciones.

Obsérvese, en primer lugar, que no hay incompatibilidad alguna entre el hecho de que la ley fije un punto de partida para la iniciación de un término, y el de que se profiera un auto para dar a las partes aviso de ello. Las normas de procedimiento suelen usar locuciones semejantes a la contenida en el citado artículo 4º, que no excluyen la necesidad de dictar una providencia para indicar desde cuándo o en qué fecha u hora ha de hacerse valer el derecho o realizar el acto respectivo. Así, el Código Judicial dispone, en el artículo 488, sobre trámites del recurso de reposición, que "la solicitud se mantiene en la Secretaría por dos días a disposición de la contraparte, para que pueda objetarla dentro de ese término"; el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal ordena que "si pasare el tiempo señalado en el artículo anterior sin que se apele de la sentencia, ésta se consultará con el respectivo superior..."; el artículo 564 de la misma obra dice que "vencido el término del traslado al recurrente, se entregarán los autos a la parte no recurrente, por el término de quince días..."; y el artículo 566 ibídem, para no citar más, que "vencido el término del traslado al no recurrente, se oirá a las partes en audiencia pública, que debe-

rá celebrarse dentro de los diez días siguientes..." (Subrayados de la Sala).

En ninguno de estos casos, a pesar de que las fórmulas legales designan acciones cuyo cumplimiento no está sujeto a ninguna condición, se prescinde de dictar el auto respectivo, para informar a la contraparte que comienza a correr el término que se le concede para objetar la solicitud de reposición; para ordenar la consulta; para disponer la entrega del proceso a la parte no recurrente; o para fijar el día y la hora en que deberá oírse a las partes en audiencia pública.

Esta práctica constante de jueces y magistrados no se origina en interpretaciones convencionales o arbitrarias de la ley, sino que tiene su fundamento firmísimo en el principio de la lealtad procesal, que el Código de la materia consagra genéricamente en su artículo 157, al disponer que "no se practicará ninguna diligencia en el proceso penal", esto es, ninguna actuación del secretario judicial dentro del mismo, "mientras no haya sido ordenada por auto o sentencia"; y, específicamente, sobre los términos, en el artículo 177, según el cual ellos sólo "empezarán a correr" después de notificados los autos que los señalan.

Si tal principio rige respecto a todos los términos, por escasa que sea su importancia, no puede atribuírse al legislador de emergencia el despropósito de hacer una excepción con el que se concede a las partes para pedir pruebas, que es, sin duda, el más trascendental para la defensa del reo, por cuanto constituye la oportunidad que se le da para destruír los cargos que se le han hecho en el auto de enjuiciamiento.

En consecuencia, la frase "queda abierto el juicio a prueba", contenida en el citado artículo 4º, ha de entenderse solo en el sentido de que el término debe empezar a correr por ministerio de la ley, una vez ejecutoriado el auto de proceder, sin previos traslados a las partes ni solicitudes obligatorias de ellas. Y no puede atribuírsele el alcance de eximir al Juez de la obligación de dictar una providencia con orden de notificarla, para hacer saber a los interesados que el término de pruebas empieza a correr.

Por lo demás, si se admitiese que dicho término corre automáticamente, desde la ejecutoria del enjuiciamiento, sin impulso alguno del Juez, resultaría inoperante en los casos en que ésta se produce en segunda instancia y el proceso es devuelto al Juez de la causa varios días más tarde, como suele acontecer en la práctica.

Infiérese de lo expuesto que el artículo 16 del Decreto 1.231 de 1951 no suspendió el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto establece que debe notificarse personalmene al defensor "el auto en que se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen hechos que probar en el juicio"; ni, paralelamente, el numeral 4º del artículo 198 ibídem que erige en causal de nulidad el "no haberse notificado en debida forma" la misma providencia.

Por virtud de la reforma introducida por dicho Decreto, ha de entenderse hoy que el auto sobre señalamiento de término a las partes para su manifestación sobre pruebas (artículo 444 del Código de Procedimiento Penal), vino a quedar reemplazado por el proveído en que el Juez dispone informar a las partes, conforme a lo dicho, sobre la ejecutoria del auto de proceder y el término de pruebas.

Y si es causal de nulidad el no haberse notificado el auto correspondiente (numeral 4º citado), lo es, a fortiori, el no haberse siquiera proferido, pues, salta a la vista, la omisión en dictarlo es presupuesto necesario de su falta de notificación.

2.—Prosperando el cargo formulado con base en la causal 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, no tiene objeto práctico el examen de los restantes que se hayan invocado, ya que la consecuente anulación del juicio se extiende o proyecta sobre el resto de la actividad procesal, de manera tál, que las diligencias posteriores tachadas de nulas, como es lógico, vienem a quedar procesalmente inexistentes o a ser también, aunque indirectamente, nulas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Los hechos a que se refiere este proceso, de que conoce la Sala en virtud del recurso de casación interpuesto contra el fallo de segunda instancia, los resumió el señor Juez calificador (1º Superior de Montería), así:

"MARIO RUIZ PEREZ, natural de Entrerríos, Antioquia, salió de su pueblo natal en los primeros días del mes de marzo del año pasado (1954), por la vía de Medellín, rumbo al municipio de Planeta Rica. con el propósito de comprar ganados y maíz. Para ello trajo sus ahorros y dinero de algunos amigos. contando para ello con una suma de DIEZ A QUINCE MIL PESOS. Salió de Medellín por la vía terrestre —carretera troncal de occidente— en asocio de los señores Luis Palacio y Alfonso Echeverri B. En Caucasia se separó de Palacio y continuaron viaje hasta Planeta Rica RUIZ y ECHEVERRI. Llegaron a su destino el día 12 de marzo y MARIO RUIZ PEREZ se hospedó en el Hotel Medellín, de propiedad de Gerardo Henao Sierra".

"MARIO RUIZ PEREZ comunicó al señor Henao Sierra su propósito de comprar algún ganado y. hasta lo convidó para que lo acompañara, pero después no le volvió a hablar más de eso. Entre tanto había trabado amistad con otro individuo, también hospedado en el Hotel Medellín y con quien compartía la misma alcoba. Se trataba de MARIO BOTERO o ANTONIO GONZALEZ o JUAN MONTES, apelativos con que se le cita en el proceso. No tenía un oficio determinado y más bien se dedicaba a explotar los juegos de suerte y azar. Lo conocían como garitero".

"MARIO RUIZ y BOTERO o GONZALEZ o MONTES, charlaban y andaban juntos. La víspera de los hechos delictuosos, el domingo 14 de marzo, almorzaron juntos y así continuaron hasta que llegaron al hotel a eso de las ocho de la noche al mismo tiempo. BOTERO, según consta en autos, volvió a salir dirigiéndose al establecimiento de Julio Rincón, donde estaba el señor BLAS MIGUEL MEDRANO DE LA OSSA, tomando tragos en asocio de otros amigos, entre ellos Adán Ruiz y el doctor Domingo Fabio de León. Estuvieron un rato y posteriormente MEDRANO fue a llevar al doctor de León a su finca porque el chofer de éste no apareció con la instrucción de que regresara nuevamente a Planeta Rica y le entregara el vehículo (jeep) al chofer. Al regresar MEDRANO nuevamente se encontró con BOTERO o GONZALEZ o MONTES; siguieron tomando tragos por largo rato y concertaron la cita para realizar sus propósitos delictuosos, para el lunes quince de marzo a las cuatro de la mañana. En efecto ese día como a la hora de la cita, salieron del hotel por la puerta del solar MARIO RUIZ PEREZ y MARIO BOTERO o ANTONIO GONZALEZ o JUAN MONTES. Fueron a encontrar a BLAS MIGUEL MEDRANO DE LA OSSA y cogieron el rumbo de la carretera hacia Centro Alegre, en el Jeep del doctor Domingo Fabio de León. Los tres fueron vistos por vecinos de esa vía al rededor de las seis y media de la mañana a una distancia de catorce cabuyas del sitio donde fue encontrado el cadáver de MARIO RUIZ. Identificaron dichos vecinos a MEDRANO, como que conducía el vehículo y a los restantes por los vestidos, resultando uno vestido en la misma forma en que fue encontrado el cadáver. En el sitio denominado "Villa Marcela" de la vía a Centro Alegre, cercano al caserío de MARAÑONAL, en la margen derecha, MEDRANO y BOTERO o GONZALEZ o MONTES, con el propósito de apoderarse de los dineros con que contaba MARIO RUIZ para la empresa que lo trajo a estas tierras, lo ultimaron violentamente con arma o instrumento contundente".

Tales son los sucesos que determinaron la vocación a juicio para Medrano de la Ossa y Botero, cuya causa criminal culminó con el fallo del Tribunal Superior de Montería, por medio del cual los condenó, revisando la providencia de primera instancia, a la pena principal de veinticuatro años de presidio, como responsables del delito de homicidio, bajo la forma agravada de asesinato. El referido fallo tiene fecha del 21 de mayo de 1958, y contra él recurrieron en casación los defensores. Pero sólo se presentó la demanda en relación con Medrano de la Ossa, quedando de hecho desierto el recurso en lo concerniente a Mario Botero.

LA DEMANDA Y SU CONTESTACION POR EL MINISTERIO PUBLICO

En escrito ajustado a la técnica propia del recurso y previo resumen de los hechos. entra el apoderado del recurrente a desarrollar, en forma ordenada, sus cargos contra la sentencia recurrida, que fundamenta sobre la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P., a saber: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por

haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

A nombre del Ministerio Público, contestó la demanda el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de que era entonces titular el doctor Miguel Bernal Medina. En escrito, meritorio por todos los aspectos, aunque demasiado prolijo, entra el señor Procurador a referirse a la demanda, analizando, uno a uno, los cargos del recurrente; y aunque no acepta que todos ellos merezcan prosperar, termina solicitando la invalidación de la sentencia, por considerar que uno de ellos —el relacionado con la falta del auto de apertura a pruebas dentro del juicio y de su notificación consiguiente— está suficientemente probado.

EXAMEN DE LOS CARGOS:

1º Nulidad de lo actuado, en relación con lo previsto en el ordinal 4º del artículo 198 del C. de P. P. No se dictó auto de apertura a pruebas, y carece de eficacia la anotación secretarial al respecto.

2º Nulidad de la actuación, frente a lo dispuesto en el artículo 26 de la Carta, pues hubo reemplazo indebido de Jurados, con violación de lo prescrito en el artículo 508 del C. de P. P.

3º Nulidad del juicio, en lo pertinente, por cuanto se gravó al procesado con la obligación de sufragar los gastos de una inspección ocular decretada durante la audiencia, interpretándose indebidamente el artículo 473 del C. de P. P. y lesionándose así el amplísimo derecho de defensa que garantiza el mismo texto constitucional (artículo 26).

Se sustenta el primer cargo, como ya se anotó sucintamente, sobre la base de que el Juez de la causa no dictó auto de apertura a pruebas o providencia que hiciera saber a las partes cuándo comenzaba a correr el término correspondiente; y se pretende que el informe de la Secretaría al respecto, dado en el proceso, es insuficiente y no puede equipararse al proveído que el Juez ha debido dictar y notificar u ordenar se notificase.

Al respecto, anota el recurrente:

"Si admitiésemos, Honorables Magistrados, que la orden secretarial dejada en este proceso luégo de notificado el auto de proceder y en la cual dijo dicho secretario del Juzgado Superior de Montería que "en la fecha queda abierto a pruebas este negocio, por el término de tres días, conforme a lo establecido en el artículo 4º del Decreto 1.231 de 1951", es un verdadero auto, proferido con la finalidad que esa clase de providencias persigue, o sea la de hacer saber a las partes en el juicio que entra a correr un término legal, dentro del cual deben manifestar si tienen o no hechos que probar, a fin de que si los tienen, soliciten las pruebas conducentes a tal finalidad; si admitiésemos, repito, que esa constancia secretarial corresponde al auto que debió dictarse y no fue dictado, se tendría que la falta de su notificación acarreara la nulidad del proceso, conforme a lo previsto en el citado ordinal 4º del artículo 198 del C. de P. P.".

La Procuraduría, haciéndose eco de los razonamientos del demandante, expresa:

"...aceptadas las incidencias propias de toda notificación de una providencia, a las partes, es apenas lógico que todas no conocen con precisión el curso de tales diligencias y, en consecuencia, ignoran cuándo quedó ejecutoriada; para lo cual lo más indicado dentro de las formalidades procesales, es el hecho de que así se haga saber a todos los interesados, lo cual ocurre ordinariamente, mediante la precisa información secretarial en que pone en conocimiento del Juez que las partes interpusieron algún recurso o que se abstuvieron de hacerlo; evento este último en el cual el Juez declara ejecutoriado el auto y ordena que el asunto quede a disposición de las partes para que manifiesten si tienen pruebas que solicitar o no".

"Es el auto de apertura a pruebas, que tan singular singificado tiene en el proceso".

"No puede sustituírse, en ningún caso, con una simple constancia secretarial; y menos, cuando de ésta tampoco se informa oportunamente a las partes; y luégo se pasa el expediente al despacho con el informe de que no se solicitaron pruebas; siendo evidente que todos los interesados en el negocio ignoraron el curso de ese lapso que ha debido ser ampliado y totalmente conocido, para hacer valederos los derechos de la defensa y las especiales atribuciones del Ministerio Público".

"Interpretar, pues, que el citado artículo 4º que tan categóricamente trata de apertura a pruebas del negocio, pueda significar sustitución de las atribuciones del Juez, para el impulso procesal del negocio, por una simple atestación secretarial que no se da a conocer a las partes, es sencillamente desvirtuar el alcance de la reforma, que sólo persiguió ahorrar el tiempo del traslado especial al Ministerio Público y los trámites prolongados de la providencia de apertura a pruebas;

y fue así como se redujo a los límites precisos aconsejados por una sana economía procesal".

Consideraciones de la Sala.

El Decreto Extraordinario 1.231 de 1951 establece, en su artículo 4º, que, "ejecutoriado el auto de proceder queda abierto el juicio a prueba por el término de tres días...", y, en su artículo 16, que "el presente Decreto rige desde la fecha de su expedición y quedan suspendidas todas las disposiciones legales que le sean contrarias".

No queda duda de que, en virtud de lo dispuesto por los preceptos anteriores, fueron suspendidos los artículos 442 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, sobre "término de prueba", ni de que éste debe iniciarse inmediatamente después de la ejecutoria del auto de proceder, sin previos traslados a las partes ni solicitudes previas de ellas. Pero esto no quiere decir que se haya roto, por completo, el sistema del Código, en cuanto consagra el principio de la lealtad procesal, sobre todo, en materia de términos, que tiene por objeto evitar decisiones sorpresivas para los interesados, sin que hayan tenido oportunidad de ejercer sus derechos o ejercitar sus funciones.

Obsérvese, en primer lugar, que no hay incompatibilidad alguna entre el hecho de que la ley fije un punto de partida para la iniciación de un término, y el de que se profiera un auto para dar a las partes aviso de ello. Las normas de procedimiento suelen usar locuciones semejantes a la contenida en el citado artículo 4º, que no excluyen la necesidad de dictar una providencia para indicar desde cuándo o en qué fecha u hora ha de hacerse valer el derecho o realizar el acto respectivo. Así, el Código Judicial dispone, en el artículo 488, sobre trámites del recurso de reposición, que "la solicitud **se mantiene en la Secretaría** por dos días a disposición de la contraparte, para que pueda objetarla dentro de ese término"; el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal ordena que "si pasare el tiempo señalado en el artículo anterior sin que se apele de la sentencia, ésta **se consultará con el respectivo superior**..."; el artículo 564 de la misma obra dice que "vencido el término del traslado al recurrente, **se entregarán los autos** a la parte no recurrente, por el término de quince días..."; y el artículo 566 ibídem, para no citar más, que "vencido el término del traslado al no recurrente, **se oirá a las partes en audiencia pública,** que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes..." (Subrayados de la Sala).

En ninguno de estos casos, a pesar de que las fórmulas legales designan acciones cuyo cumplimiento no está sujeto a ninguna condición, se prescinde de dictar el auto respectivo, para informar a la contraparte que comienza a correr el término que se le concede para objetar la solicitud de reposición; para ordenar la consulta; para disponer la entrega del proceso a la parte no recurrente; o para fijar el día y la hora en que deberá oírse a las partes en audiencia pública.

Esta práctica constante de Jueces y Magistrados no se origina en interpretaciones convencionales o arbitrarias de la ley, sino que tiene su fundamento firmísimo en el principio de la lealtad procesal, que el Código de la materia consagra genéricamente en su artículo 157, al disponer que "no se practicará ninguna diligencia en el proceso penal", esto es, ninguna actuación del secretario judicial dentro del mismo, "mientras no haya sido ordenada por auto o sentencia"; y, específicamente, sobre los términos, en el artículo 177, según el cual ellos sólo "empezarán a correr" después de notificados los autos que los señalan.

Si tal principio rige respecto a todos los términos, por escasa que sea su importancia, no puede atribuírse al legislador de emergencia el despropósito de hacer una excepción con el que se concede a las partes para pedir pruebas, que es, sin duda, el más trascendental para la defensa del reo, por cuanto constituye la oportunidad que se se le da para destruír los cargos que se le han hecho en el auto de enjuiciamiento.

En consecuencia, la frase "queda abierto el juicio a prueba", contenida en el citado artículo 4º, ha de entenderse sólo en el sentido de que el término debe empezar a correr por ministerio de la ley, una vez ejecutoriado el auto de proceder, sin previos traslados a las partes ni solicitudes obligatorias de ellas. Y no puede atribuírsele el alcance de eximir al Juez de la obligación de dictar una providencia con orden de notificarla, para hacer saber a los interesados que el término de pruebas empieza a correr.

Por lo demás, si se admitiese que dicho término corre automáticamente, desde la ejecutoria del enjuiciamiento, sin impulso alguno del Juez, resultaría inoperante en los casos en que ésta se produce en segunda instancia y el proceso es devuelto al Juez de la causa varios días más tarde, como suele acontecer en la práctica.

Infiérese de lo expuesto que el artículo 16 del

Decreto 1.231 de 1951 no suspendió el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto establece que debe notificarse personalmente al defensor "el auto en que se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen hechos que probar en el juicio"; ni, paralelamente, el numeral 4º del artículo 198 ibídem, que erige en causal de nulidad el "no haberse notificado en debida forma" la misma providencia.

Por virtud de la reforma introducida por dicho Decreto, ha de entenderse hoy que el auto sobre señalamiento de término a las partes para su manifestación sobre pruebas (artículo 444 del Código de Procedimiento Penal), vino a quedar reemplazado por el proveído en que el Juez dispone informar a las partes, conforme a lo dicho, sobre la ejecutoria del auto de proceder y el término de pruebas.

Y si es causal de nulidad el no haberse notificado el auto correspondiente (numeral 4º citado), lo es, **a fortiori**, el no haberse siquiera proferido, pues, salta a la vista, la omisión en dictarlo es presupuesto necesario de su falta de notificación.

En el caso de este proceso, tiene razón el demandante: el Juez de la causa no dictó auto por medio del cual se hiciera saber a los interesados cuándo empezaba a correr el término de pruebas, luego, de acuerdo con lo anotado, se incurrió en nulidad, y ésta debe ser declarada.

Prospera, de consiguiente, el cargo.

En cuanto a los otros dos formulados contra la sentencia, resulta claro que, prosperando como prospera el primero, no tiene objeto práctico el examen de aquellos, ya que la consecuente anulación del juicio desde la ejecutoria del auto de proceder (que es cuando ha debido pronunciarse el Juez, en la forma dicha), se extiende o proyecta sobre el resto de la actividad procesal, de manera tál, que las diligencias posteriores tachadas de nulas, como es lógico, vienen a quedar procesalmente inexistentes o a ser también, aunque indirectamente, nulas.

En cuanto a ciertos efectos propios de fallos como el presente, debe advertir la Sala que, conforme a las reiteradas doctrinas de la Corte, la anulación que va a decretarse favorece no sólo al recurrente Medrano de la Ossa, sino también al procesado MARIO BOTERO, a pesar de no haberse formalizado, a nombre de éste, la demanda de casación. Sólo en sentido meramente formal, quedó desierto su recurso; y, de acuerdo con las mencionadas doctrinas, el resultado práctico, en cuanto al aludido reo, habría sido o sería el mismo, si no hubiese interpuesto el recurso.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acorde en lo sustancial con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Invalídase el fallo acusado, de la fecha y procedencia indicadas, y, en su lugar, declárase NULO lo actuado en este proceso, desde la primera diligencia inmediatamente posterior a la ejecutoria del auto de proceder.

Esta decisión es indivisible respecto a los procesados, y, por tanto, produce efecto en relación con Blas Miguel Medrano de la Ossa y Mario Botero o Antonio González o Juan Montes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Antonio Vicente Arenas, Conjuez. — Pioquinto León L., Secretario.

ANALISIS QUE DEBE HACER EL JUZGADOR PARA ESTABLECER SI LA ACCION PENAL PUEDE O NO PROSEGUIRSE. — CUANDO EN UN FALLO SE DECRETAN CONDENAS Y ABSOLUCIONES Y SE CONSULTA SOLO LA PARTE RELATIVA A LAS ULTIMAS, EL SUPERIOR CARECE DE JURISDICCION PARA REVOCAR LAS PRIMERAS. — FALTAS CONTRA LA MORAL EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA. — SI EN UNO DE ESTOS PROCESOS SE VENTILAN DOS DENUNCIAS FORMULADAS POR PERSONAS DISTINTAS CONTRA UN INDIVIDUO, Y UNA DE ELLAS RESULTA CARENTE DE FUNDAMENTO, DEBE ORDENARSE ABRIR CONTRA SU AUTOR LA RESPECTIVA INVESTIGACION POR CALUMNIA DE QUE TRATA EL ARTICULO 12 DE LA LEY 69 DE 1945

1.—Dentro del orden lógico de la enumeración contenida en el artículo 153 del C. de P. P., la cual guarda paralelismo con la del artículo 437 ibidem, el Juez debe examinar en forma sucesiva si el hecho imputado ha existido o no; si el reo es o no su autor; si la ley lo considera o no como infracción penal; si la acción penal podía o no iniciarse, y sólo cuando después de tales análisis no encuentre base para ordenar la cesación del procedimiento contra el procesado le es dable establecer si dicha acción puede o no proseguirse.

2.—Cuando en un fallo se decretan condenas y absoluciones, y se consulta sólo la parte relativa a las últimas, carece de jurisdicción el superior para revocar las primeras, pues ellas no son materia del debate en segunda instancia.

3.—Cuando en un mismo proceso se ventilan dos denuncias por faltas en el ejercicio de la abogacía, presentadas por personas distintas contra un individuo, y una de ellas resulta carente de fundamento, debe ordenarse abrir contra su autor la respectiva investigación por calumnia de que trata el artículo 12 de la Ley 60 de 1945, pues para tales efectos es como si los juicios fueran distintos y el originario de la última queja hubiera culminado con sentencia absolutoria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, septiembre once de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio)

Vistos:

El señor Carlos Enrique Roa A. denunció al doctor **Luis E. Plata Sánchez** por faltas contra la moral en el ejercicio de la abogacía y con fundamento en los hechos que en seguida se extractan:

1º—El señor Arturo Barrios, con la asesoría del profesional acusado, presentó denuncia, que más tarde se comprobó ser temeraria, por abuso de confianza contra Luis E. Gómez, quien a virtud de ello fue detenido por el señor Alcalde de Tocaima. Atribuye el querellante aquella determinación al propósito que tenía el doctor Plata Sánchez de eludir por ese medio el pago de prestaciones sociales estimadas en más de tres mil pesos que Barrios debía cancelar a Gómez, y por las cuales el procesado ofreció entregarle a aquél la suma de doscientos peso. Transigido el diferendo relativo a dichas prestaciones por la cantidad de dos mil trescientos pesos, el doctor Plata Sánchez hizo firmar a las partes un desistimiento de la acción civil y la penal, con lo cual obtuvo, abusando de la ignorancia del instructor, que las sumarias ya iniciadas prácticamente se archivasen.

2º—El mismo abogado recibió el encargo de denunciar por rapto a "un militar en servicio activo" y de constituírse en parte civil en el proceso pertinente. Perc como no fue admitida la demanda del caso, por ventilarse el proceso ante la justicia castrense, aquél "se dio sus mañas" "para obtener del instructor, la exótica designación en él de curador de la menor ofendida" y en esa calidad intervino en las diligencias en forma activa y extralimitando sus funciones.

3º — El referido Alcalde informó al Presidente del Tribunal Superior de Bogotá que "el señor José María Hernández, presentó denuncia contra

el señor Jesús Samuel Martínez, por lesiones personales, con una incapacidad de parte del lesionado de treinta días", y que "el doctor Luis A. Plata, se constituyó en apoderado tanto en lo penal como en lo civil, solicitó la excarcelación del sindicado Martínez y arregló lo pertinente a la parte civil y ahora renuncia el poder del señor Martínez y se constituye en apoderado del señor José María Hernández, tanto en la parte civil, como en la penal, solicitando nuevamente se revoque el auto y se detenga al señor Jesús Samuel Martínez, a quien le había solicitado la excarcelación cuando era su apoderado, cobrando honorarios".

Descargos y pruebas

Explica el acusado el primero de los cargos que le formulara Roa, diciendo que tanto la denuncia contra Gómez como el posterior desistimiento fueron presentados por Barrios, y que es éste, por lo tanto, quien debe responder por ello. Agrega que las prestaciones sociales a que se ha hecho referencia, y en cuya liquidación él intervino, le fueron pagadas al interesado en igual forma. Niega, por último, interés jurídico al denunciante para quejarse al respecto.

Ninguna prueba existe en los autos que infirme el dicho del doctor Plata Sánchez, el cual se encuentra, por otra parte, en ciertos modo corroborado por la declaración del propio Luis E. Gómez, quien admite que fue detenido y puesto en libertad tan pronto como demostró su inocencia, y que fue posteriormente cuando se inició la discusión, que terminó con un arreglo satifactorio para él, sobre el pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho.

En cuanto al segundo cargo de Roa, manifiesta el querellado que fue el padre de la ofendida quien personalmente denunció al Alcalde militar de Tocaima "por delitos contra la familia, la libertad y el honor sexuales", y que él fue solicitado para que se "constituyera parte civil dentro del proceso"; pero que las autoridades castrenses no lo aceptaron como tal, por lo que "no tuve ocasión de intervenir más en el mentado negocio", después de haber presentado "demanda de colisión de competencias". Niega también interés jurídico al señor Roa para querellarse sobre el particular.

No se hace referencia a los descargos y pruebas que se produjeron respecto de los hechos enumerados en el punto 3º, por las razones que habrán de expresarse en su oportunidad.

Sentencia y concepto fiscal

Con fundamento en lo expuesto y en las probanzas llevadas a los autos, el Tribunal Superior de Bogotá, en fallo de 27 de octubre de 1958, absolvió al doctor Luis Enrique Plata Sánchez de las imputaciones que contra la ética y el decoro en el ejercicio de la abogacía le hiciera el señor Carlos E. Roa, por considerar que los hechos atribuídos no se demostraron, ni entrañan faltas contra la moral prfesional del abogado. Y estimando que la actuación del acusado en el proceso por lesiones personales contra José Manuel Martínez —en el cual representó primero a éste y pidió su libertad, y luego a la contraparte, habiendo solicitado en su nombre se revocase la providencia excarcelatoria— constituye falta "grave contra la moral profesional del abogado", lo condenó a ser suspendido durante un año en el ejercicio de la abogacía.

Contra dicha sentencia no interpuso recurso alguno el acusado, por lo cual ha venido a la Corte para consultar "las absoluciones decretadas".

Esto último lo reconoce expresamente en su vista el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al expresar que "la sentencia en cuestión no fue apelada, razón por la cual ha venido a la H. Corte, pero únicamente para efectos de la consulta de las absoluciones o sobreseimientos a que se contraen los puntos primeramente citados, y en razón de lo establecido en el artículo 10 de la Ley 69 de 1945". Sin embargo, luego de algunas consideraciones sobre el fenómeno de la prescripción, concluye pidiendo a la Sala "que revoque en todas sus partes la sentencia consultada y, en su lugar, declare prescrita la acción penal en el presente juicio sumario".

Para resolver, se considera:

1º—Como de la queja formulada por el señor Carlos Enrique Roa contra el doctor Plata Sánchez no ha podido deducirse que éste hubiera incurrido en falta alguna contra la ética en el ejercicio de la abogacía, es preciso confimar las absoluciones proferidas en el sentencia de primera instancia, sin que sea pertinente examinar el aspecto de la prescripción para ponerle fin al procedimiento.

En efecto, dentro del orden lógico de la enumeración contenida en el artículo 153 del C. de P. P., la cual guarda paralelismo con la del artículo 437 ibidem, el juez debe examinar en forma sucesiva

si el hecho imputado ha existido o no; si el reo es o no su autor; si la ley lo considera o no como infracción penal; si la acción penal podía o no iniciarse, y sólo cuando después de tales análisis no encuentre base para ordenar la cesación del procedimiento contra el procesado le es dable establecer si dicha acción puede o no proseguirse.

No procede, pues, la solicitud del señor Agente del Ministerio Público respecto de los cargos por los cuales fue absuelto el doctor Plata Sánchez.

2º—Cuando en un fallo se decretan condenas y absoluciones, y se consulta sólo la parte relativa a las últimas, carece de jurisdicción el superior para revocar las primeras, pues ellas no son materia del debate en segunda instancia.

En consecuencia, tampoco puede accederse, por este aspecto, a la petición del señor Procurador.

3º — Cuando en un mismo proceso se ventilan dos denuncias por faltas en el ejercicio de la abogacía, presentadas por personas distintas contra un individuo, y una de ellas resulta carente de fundamento, debe ordenarse abrir contra su autor la respectiva investigación por calumnia de que trata el artículo 12 de la Ley 69 de 1945, pues para tales efectos es como si los juicios fueran distintos y el originario de la última queja hubiera culminado con sentencia absolutoria.

De consiguiente, debe modificarse el fallo recurrido para darle cumplimiento a dicha disposición respecto del denunciante Roa.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia consultada y dispone darle cumplimiento a lo establecido en el artículo 12 de la Ley 69 de 1945.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barrera Domínguez — Luis Eduardo Mejía Jiménez — Pedro Ignacio Camacho, Conjuez.—**Pedro Pacheco Osorio — Gustavo Rendón Gaviria — Pioquinto León L.,** Secretario.

SE RATIFICA LA DOCTRINA SENTADA POR LA CORTE RESPECTO A FALSEDAD Y USO DE DOCUMENTOS PRIVADOS EN GENERAL Y FALSEDAD Y USO DE INSTRUMENTOS NEGOCIALES EN PARTICULAR, A REGLAS DE CONCURSO MATERIAL DE FALSEDAD Y ESTAFA Y A ESCALA PENAL APLICABLE A TAL CONCURSO

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria)

Vistos:

El doctor Vasco J. Vejarano V., en ejercicio del poder especial que le fuera conferido, demandó en **casación** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué—Sala de Decisión—con fecha 5 de marzo del año en curso, cuya parte dispositiva "REFORMA la sentencia apelada en el sentido de absolver, como en efecto ABSUELVE a Daniel Tiberio Cruz Sánchez del cargo de tentativa de estafa porque se le llamó a juicio y rebajarle la pena principal impuesta por el **a-quo**, como en el efecto se la rebaja, a CINCO AÑOS, CUATRO MESES DE PRESIDIO.....".

La sentencia de primer grado, proferida por el Juzgado Cuarto Superior del mismo Distrito, había impuesto al procesado "la pena principal de ONCE AÑOS DE PRESIDIO, en el lugar que designe el Gobierno Nacional, como autor de los delitos de "TENTATIVA DE ESTAFA" y "FALSEDAD EN DOCUMENTOS", por los que fue llamado a responder en juicio.....". Se impusieron, también, las penas accesorias de rigor.

El recurso extraordinario de casación ha recibido el trámite que le es propio y corresponde ahora decidir de fondo, a lo cual se procede.

HECHOS:

El auto de calificación (fls. 78 y ss. del cuaderno número 1) los sintetiza así:

"Que en el sucesorio del señor Miguel de los Santos Salazar, abierto en el Juzgado Civil del Circuito de Chaparral, se hizo presente el señor Daniel Tiberio Cruz Sánchez, con dos letras de cambio giradas por 'Miguel Santos Salazar' y aceptadas por el mismo Salazar, cuyo valor es de diez mil pesos cada una;

"Que las letras fueron desglosadas por el apoderado de Cruz y con ellas se inició un juicio ejecutivo contra la sucesión de Miguel de los Santos Salazar, representada por su cónyuge sobreviviente, señora Dominga Silva vda. de Salazar y sus hijos:

"Que las letras mencionadas están firmadas 'Miguel Santos Salazar', firma ésta que no era la que acostumbraba el señor Salazar, porque él firmó pública y privadamente 'Miguel de los Santos Salazar', porque éste era su nombre y con él era conocido;

"Que no obstante estar firmadas esas letras 'Miguel Stos. Salazar', con ellas se pretende una estafa y un delito de falsedad en instrumentos negociables, haciéndolas aparecer como firmadas por Miguel de los Santos Salazar; y

"Que las mencionadas letras aparecen giradas en Girardot en el año de 1953 y con un vencimiento de 540 días; que según informaciones, dice el denunciante, el señor Daniel Cruz, a cuyo favor están giradas las letras, era persona que no tenía cantidades de dinero como para prestarlo al señor Salazar, la cantidad de $ 20.000.00, y que el aludido señor Salazar nunca tuvo negocio con el denunciado Daniel Tiberio Cruz.

"Por último el solicitante o denunciante pidió se recibieran algunas declaraciones de personas honorables de Chaparral conocedoras del modo como firmaba el señor Salazar, para demostrar que la firma que aparece en las letras no era la suya; que solicitara a los Bancos de Girardot y Caja Agraria de la misma ciudad el movimiento de la cuenta de Daniel Tiberio Cruz, y que con certificaciones de Fenalco y Cámara de Comercio de Girardot, se acreditara la calidad de comerciante del denunciado. También pidió se solicitaran al Juzgado Civil de Chaparral las dos letras que se mencionan.

"Abierta la investigación se recibieron las declaraciones de **Dimas Castilla** (fl. 6), **Marco Tulio Alvira** (fl. 7) y **Clemente Castilla** (fl. 14), personas honorables de Chaparral, quienes dicen que conocieron al señor Miguel de los Santos Salazar, y que por ese conocimiento y porque muchas veces vieron su firma, les consta que el mencionado señor firmaba 'Miguel de los Santos Salazar' y no 'Miguel Stos. Salazar', como aparece en las letras de cambio.

"El denunciado DANIEL TIBERIO CRUZ SANCHEZ fue oído en indagatoria, y dice ser comerciante de profesión y que en esta calidad hizo ventas de papa, arroz y otros artículos, al por mayor, al señor Miguel de los Santos Salazar y que por tener conocimiento de que este señor era solvente económicamente, le abrió crédito sin exigirle comprobantes o facturas de ninguna especie. En cuanto a los hechos denunciados, los niega, y expresa que el señor Salazar se acercó a su establecimiento y le exigió que le prestara nueve mil pesos y que le firmaba una letra por diez mil, es decir, que le reconocía como intereses la suma de mil pesos; que en días posteriores el mismo señor Salazar volvió a que le hiciera otra operación similar por la misma cantidad, lo cual efectuó. Dice que las letras de cambio fueron hechas en una máquina de propiedad de un agente viajero de quien dice no saber el nombre, y que el mismo viajero presenció las operaciones. Para terminar expresa que no tiene idea de quién sea el autor de los delitos de falsedad y estafa. Es decir, niega su participación en tales ilícitos. (Fls. 28 y ss.)".

LA DEMANDA

Obra de folios 7 a 17 del cuaderno número 3 y respecto de ella, antes de estudiar las causales en que pretende apoyarse, conviene relievar la crítica que, con sobrada razón, le hace el Ministerio Público:

"Tanto por el aspecto formal como por el técnico, la demanda no reúne los requisitos necesarios, los que se hallan contemplados en el artículo 531 del Código Judicial —aplicable al procedimiento penal por mandato del artículo 7º del C. de P. P.—, porque si bien contiene un breve resumen de los hechos, la indicación de las causales que se invocan a fin de lograr la infirmación del fallo y se han señalado, además en forma casi enunciativa los fundamentos de ellas, se ha hecho, por otra parte, caso omiso de citar las disposiciones legales que se estiman infringidas y de formular una petición concreta.

"Técnicamente se ha olvidado por el demandante que el recurso de casación bien puede considerarse como 'una acción de puro derecho', según expresión de la H. Corte, que se intenta contra una sentencia que se presume jurídica y por tal motivo su ejercicio implica la obligación de demostrar, en forma eminentemente convincente, lógica y precisa, que existe una pugna entre el fallo atacado y la ley. No basta, pues, hacer simples consideraciones, sino que es preciso formular argumentos respaldados por principios de derecho, por la jurisprudencia y aun por la doctrina, a fin de lograr prospere una determinada causal. Demostrar equivale a probar y esto hace necesario, tratándose del recurso de casación, señalar los fundamentos lógico - jurídicos en que se apoya el demandante para obtener una determinada conclusión, igualmente jurídica". (Fls. 20 y 23, cuaderno número 3).

Las causales que para impugnar el fallo recurrido invoca el señor apoderado son la **primera** y **segunda** de las enunciadas en el artículo 567 del C. de P. P. "Como estas causales —dice el demandante— pueden alegarse sin conservar un orden estricto, para una mejor comprensión y mejor lógica dentro del escrito que someto a vuestra consideración la presentaré en orden invertido".

Causal Segunda.—La funda el demandante en una simple crítica a la prueba de cargo, principalmente a los experticios grafológicos tenidos en cuenta para dar por establecido en sus elementos materiales el delito de **falsedad en documento** y a algunos testimonios, recibidos a solicitud de la parte civil, tendientes a demostrar que el señor Miguel de los Santos Salazar acostumbraba firmar con ese nombre completo, sin abreviaciones de ninguna especie.

Como es de entender que la causal citada quiere hacerse valer por la concreta razón de haberse **"atribuído un valor probatorio que no tienen"** a los **hechos** que se infieren de las piezas procesales criticadas por el recurrente, no es improcedente destacar los motivos aducidos en la demanda para restarle mérito a las pruebas de cargo.

Arguye, en primer término, el que impugna la sentencia que los dictámenes periciales no conducen sino a dos conclusiones: "1ª, que en opinión de los peritos grafólogos se olvidó incluír las palabras 'de los' en la firma de las letras y que, a pesar de haberse puesto el cuidado que se pudo

para reproducir los signos morfológicos más destacados (de las firmas) auténticas, no se logró el resultado que se apetecía. Y del dictamen producido en Medellín, se llega a la conclusión de que no puede afirmarse que fuera DANIEL TIBERIO CRUZ SANCHEZ la misma persona que estampó las firmas que aparecen sobre los instrumentos negociables discutidos".

En segundo lugar, en concepto del demandante, los dictámenes periciales no dan base para aseverar que el autor de la falsedad hubiera sido el acusado, lo que está indicando que no existe la plena prueba de la responsabilidad y que en su favor debe aplicarse "el principio del **indubio pro reo**".

Por último, siempre con relación a la prueba grafológica, cree el recurrente, que "por lo menos puede afirmarse que no hay base para sostener que mi patrocinado sea la misma persona que firmó las letras impugnadas, en donde cabe decir que la sentencia al aplicar a mi patrocinado la sanción establecida por el artículo 233 del C. P. sumada a la del 234 del mismo Código, se equivocó también porque partió de la base de que estuviera demostrado que DANIEL TIBERIO CRUZ SANCHEZ, por sí mismo, se puño y letra (sic) falsificó las firmas aparecen (sic) sobre los instrumentos impugnados, aseveración que ni siquiera lejanamente han sustentado los peritos".

Respecto a la crítica a parte de la prueba testimonial, que hace referencia a la demostración de que el señor Miguel de los Santos Salazar acostumbraba firmar con su nombre completo, y a que el acusado no tenía cuentas bancarias ni figuraba inscrito en las organizaciones de comercio (Fenalco o Cámara de Comercio), realmente es asunto carente de todo interés, pues el hecho que la parte civil quería demostrar por este medio era la imposibilidad del acusado de movilizar fuertes sumas de dinero o de realizar operaciones de crédito como las consignadas en los instrumentos tachados de falsos. Y si la sentencia lo tuvo en cuenta, fue como un simple indicio que eficazmente reforzaba la restante prueba de cargo.

Causal Primera.—No aparece en la demanda invocada como subsidiaria de la **segunda** para ajustarse en algo a la técnica del recurso el señor apoderado, sino que, en la más inadecuada forma se limita a decir:

"Considero finalmente, señores magistrados, que ha habido en la sentencia recurrida procedente del H. TRIBUNAL DE IBAGUE, una 'indebida aplicación de la ley, por cuanto se sumaron contra mi patrocinado las penas establecidas en los artículos 233 y 234 del C. P.'.

"Este por dos razones: 1ª, porque no está demostrado que fuera mi patrocinado quien, de su puño y letra, las firmas que aparecen sobre los instrumentos negociables materia de la investigación; y 2ª porque la pena establecida allí (artículo 233) no podría aplicarse en virtud de lo dispuesto por el artículo 204 del C. de P. P."

Al descarnado planteamiento, no sólo breve sino incompetente, ninguna razón de orden jurídico tuvo a bien abonar el actor, circunstancia que relevará a la Sala, así se trate de un punto de derecho de indiscutible interés, de entrar a considerar, supliendo las deficiencias de la demanda, la causal primera invocada.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal al responder la demanda, a más de las observaciones de orden general sobre sus aspectos formales, hace un examen completo de las causales alegadas para concluír que no debe casarse la sentencia.

Con respecto a la causal segunda, la Procuraduría empieza por despejar lo referente a la nulidad que la demanda atribuye a los dictámenes periciales por violación del artículo 261 del C. de P. P. En este particular el colaborador observa atinadamente:

"En relación con la validez del dictamen grafológico visible al folio 68, cuyo contenido se examinará posteriormente, no aparece la ausencia de las formalidades ordenadas por el artículo 261 del C. de P. P. En efecto el Juez Segundo Superior por medio de auto fechado el 25 de mayo de 1956, dispuso: '.....**envíese este expediente a la Jefatura del Departamento Científico del Servicio de Inteligencia Colombiano de Bogotá, para que los grafólogos dictaminen si las firmas estampadas** en las letras de cambio que obran a los folios 9 y 11 del cuaderno número uno, y que dicen 'Miguel Stos. Salazar', fueron escritas por la misma persona que firmó los documentos que obran a los folios 3 v., 4 v., 5 v. y 6 v. del cuaderno número dos, que dice 'Miguel de los Stos. Salazar.....'; lo anterior significa, sin necesidad de mayores esfuerzos intelectuales, que el Juez del conocimiento comisionó al Jefe del Departamento Científico de SIC. para disponer lo conveniente a fin de que se rindiera el dictamen grafológico, es decir, que en el caso presente el

último de los nombrados es 'el funcionario respectivo' a que se refiere el artículo 261 ibidem.

"El mencionado funcionario, en cumplimiento de su encargo, procedió a designar peritos a los doctores **Miguel Aguilera** y **Luis Carlos Sáenz**, 'Grafólogos Oficiales de la Sección Técnica del Servicio de Inteligencia Colombiano'. En la misma fecha, conforme se acredita al folio 67 del cuaderno 1º, **se les tomó el juramento 'y bajo la gravedad de él prometieron cumplir fielmente con las obligaciones que la ley impone...'.** (Los subrayados son de este despacho).

"Algo más. Si se tiene plenamente establecido que a los peritos 'oficiales' les fue tomado el juramento de rigor y si la misma fórmula sacramental que él contiene al tenor del texto consagrado en el artículo 147, inciso segundo del C. de P. P., lleva implícita la amonestación sobre la importancia y consecuencias del acto, no encuentra esta Procuraduría omisión alguna de las formalidades consagradas en el artículo 261 ibidem, vale decir los dictámenes grafológicos, porque también el que obra al folio 107 del primer cuaderno, fue producido en igualdad de circunstancias, no adolece de vicio alguno y por ello resulta insostenible afirmar su 'inexistencia' o como impropiamente (sic) el recurrente, 'la nulidad absoluta de que adolecen' ".

El cargo de fondo a los dictámenes periciales lo estudió la Procuraduría, previa interpretación de los artículos 268, 205, 206 y 216 del C. de P. P., a efecto de demostrar que el fallo acusado ameritó esas piezas procesales en el valor que la ley les asigna, es decir, de indicios, pero que no se fundó la condenación atribuyéndole al concepto de los grafólogos el valor de plena prueba, como lo sostiene el recurrente, sino que con ese **indicio**, aunado a los demás que obran en los autos, alcanzó a construír una teoría indiciaria concatenada y lógica que tiene la plenitud exigida por el artículo 203 del C. de P. P.

Entre otras razones, da éstas el señor Procurador Delegado:

"El H. Tribunal de Ibagué, a su vez, en la sentencia materia del recurso no hace una valoración diferente a la de concederle al mencionado dictamen la capacidad suficiente para acreditar que las firmas impuestas a las letras tildadas como falsas son 'apócrifas'. Y de este hecho suficientemente probado colige que el autor de la falsedad no puede ser persona diferente a Tiberio Cruz Sánchez porque, entre otras razones del ad-quem, la fecha en que afirma el procesado que fueron suscritas (24 de julio y 5 de agosto de 1953) y la en que fueron estampilladas (7 de febrero y 27 de julio de 1955) sugiere 'el hecho de que fue el mismo Daniel Tiberio quien se demostró interesado en hacerlas efectivas acudiendo ante las autoridades civiles; porque el mismo procesado en su indagatoria aceptó implícitamente la consumación de un ilícito, etc.

"Se tiene, que el Tribunal de Ibagué al dictamen grafológico le confirió el valor de simple indicio, tal como lo han predicado nuestros tribunales y la misma doctrina. En tal sentido no hizo errónea apreciación de tal elemento probatorio.

"Asimismo, el ad-quem, haciendo uso del privilegio de apreciar razonadamente la prueba, no estimó suficiente el dictamen visible al folio 107 para poder colegir de él determinadas conclusiones, según se desprende de la simple lectura de los considerandos de su providencia. En esta forma resulta insostenible la afirmación del recurrente en el sentido de criticar la sentencia impugnada por **haber atribuído a 'los peritazgos'** un valor probatorio que no tienen, cuando el Tribusal sólo tuvo en cuenta el primero de los rendidos, se repite, haciendo uso del arbitrio de que goza como juzgador y que se encuentra respaldado por preceptos de nuestro estatuto de procedimiento penal.

"Son innecesarias otras consideraciones para concluír que los peritazgos, en manera alguna, fueron erróneamente apreciados, por habérseles concedido un valor probatorio que no tienen".

Respecto a los testimonios de Dimas Castilla (fl. 6, cuaderno 1º), Marco Tulio Alvira Castilla (fl. 6 v. ibidem), y Clemente Castilla (fl. 14), cuya apreciación fue errónea en el fallo y se les dio un valor probatorio que no tienen, anota el señor Procurador:

"El Tribunal de Ibagué si bien menciona dichos testimonios en la parte resolutiva de su fallo, no entra a apreciarlos para efecto de establecer la autoría del infractor Daniel Tiberio Cruz, de modo que resulta inoperante entrár a criticar unas probanzas sobre las cuales el juzgador no hizo ninguna estimación, esto para afirmar que **'por error en la apreciación de los hechos se les dio a las pruebas un valor probatorio que no tienen y se les pagó el que sí tienen para establecer una duda en favor de mi patrocinado'.** (El subrayado es de la Procuraduría). Tal crítica bien pudiera hacerse en las instancias, pero no en el recurso de casación donde se hace indispensable la demostración de la **'errada interpretación o apre-**

ciación de los hechos', y esto se consigue al menos potencialmente cuando el fallador, en la sentencia, ha interpretado o apreciado y no en el caso inverso.

"Sobre la duda que surge de tales testimonios, de conformidad con el pensamiento del impugnador, se pregunta, simplemente: ¿cuál la razón, con base en la experiencia cotidiana, para pensar que una persona suprima palabras que son integrantes de su nombre, cuando ella (la supresión) sólo tiene ocurrencia en dos ocasiones en las cuales se está dejando constancia de obligaciones cuya cuantía no es irrisoria? ¿No es acaso lógico pensar que si bien los rasgos de la rúbrica pueden ser ilegibles, hacer supresiones de palabras resulta por demás caprichoso y poco corriente, menos aún cuando él mismo sujeto honorable en sus operaciones comerciales, ha utilizado su nombre completo en diversos documentos?

"De modo que, por este aspecto, tampoco ha demostrado el recurrente que el Tribunal hiciera de los testimonios aludidos errónea interpretación o apreciación de los hechos allí expuestos".

Como la demanda habla también del mérito concedido por el Tribunal a las certificaciones que obran en el proceso, emanadas de entidades bancarias y comerciales, afirmando que el juzgador les atribuyó el valor de indicio grave, la vista fiscal, hace la debida réplica para demostrar que el fallo no estimó en ningún sentido las aludidas certificaciones.

Para la **causal primera,** simplemente enunciada por el demandante, sin revelar esfuerzo alguno por demostrar la violación concreta de la ley penal, como era su deber, la Procuraduría responde transcribiendo doctrinas de la Corporación en que se fijan las exigencias mínimas en una demanda de casación cuando se invoca la causal primera. Como el recurrente se limitó a afirmar que hubo violación de la ley, esa sola afirmación, estima el Ministerio Público, no es suficiente para estudiar a fondo el motivo del recurso.

SE CONSIDERA:

1º — La causal segunda, invocada aisladamente por el señor apoderado, por las razones a que ya se ha hecho mérito en el cuerpo de esta providencia, no puede prosperar.

En primer término, lo que el demandante discute y plantea es el valor probatorio de la prueba técnica grafológica, de la que supone, gratuitamente, la sentencia hizo una estimación indebida, ameritándola como suficiente para atribuír al acusado el delito de falsedad documentaria. Pero no ocurre así en el fallo impugnado. Simplemente las pericias se aceptaron, razonadamente, en cuanto establecen que en efecto son apócrifas las firmas del girado, y si se llega a la conclusión de que el autor de la falsedad fue Cruz Sánchez, es mediante una concatenada cadena de indicios que, en su ordenación lógica, satisfacen ampliamente los requerimientos del artículo 203 del C. de P. P.

El primer dictamen expresa, en lo principal:

".....Confrontados los elementos constitutivos de las cuatro firmas tenidas como genuinas con las cuatro firmas que se tachan, se advierte que a pesar del cuidado que se puso por reproducir los signos morfológicos más destacados de las auténticas, no se logró el resultado que se apetecía. Al contrario: se olvidó de incluír el complemento o accidente verbal que media entre los nombres del señor Salazar, o sea las palabras "de los" que sin excepción se registra en firmas de éste, trazadas en diferentes tiempos.

"La inseguridad del trazado de las firmas genuinas procede del desgaste neuromuscular del señor Salazar, mientras la vacilación de las cuatro firmas apócrifas depende de la poca destreza del imitador, quien creyó que con fingir temblor ya lograba dar la impresión de que aquél las había ejecutado. Se descubre por algunos vestigios en los trazados apócrifos que su autor es sujeto nada vulgar, que posee algún grado de cultura elemental que lo sitúa a buena distancia del delincuente ordinario. Desde el punto de vista formal hay alguna semejanza entre los trazados legítimos y los redargüídos, pero faltando lo esencial que es la expresión kinética del finado señor Salazar.....". (Fl. 68, cuad. principal).

Por su parte, la segunda pericia —fl. 107 del cuaderno principal— expresa:

"Con el solo acopio servido para el cotejo, no hay base suficiente para señalar al sindicado Cruz Sánchez como el autor de las firmas halladas falsas en el dictamen de julio 23 de 1956, visto al folio 68. En efecto, tenidas éstas como imitación cuidadosa y más o menos hábil del patrón auténtico, es lógico suponer que su ejecutor en el afán de captar la morfología externa del modelo, ocultó de suyo el acopio más visible de sus propios rasgos. Con todo, vale observar algunos signos de sospecha en la grafía de Cruz Sánchez y que están latentes en la incriminada; tocan ellos con el despliegue de la 'z' con el acento dinámico impartido a los trazos y con la fácil proyección y

desplazamiento de la estructura. Hay que anotar, sin embargo, que esos solos episodios de equivalencia no sirven para radicar en el sindicado la autoría de las firmas cuestionadas. Porque es indispensable para un chequeo de fondo procurar manuscritos más abundantes de Cruz Sánchez..."

Si no hay duda —en su aspecto material— de que los instrumentos contenían una firma apócrifa, la falsedad hay que admitirla, y en este aspecto la prueba es irrebatible. La justa apreciación que el fallador le dio no sobrepasa las facultades que la ley le brinda en materia probatoria y en particular, en lo atinente a la prueba pericial.

Ahora bien: para arrimar a la conclusión de que la autoría del hecho material de la falsedad era atribuíble al acusado y no a otra persona, los autos brindaban al fallador una serie de indicios graves, distintos del dictamen grafológico, indicios que, dentro de una sana crítica de la prueba, permitieron pronunciar la sentencia condenatoria.

En conclusión, no se está en el presente caso frente a ninguna de las hipótesis previstas en la causal segunda de casación.

La **causal primera** —ya se expresó con toda nitidez— sí invocada por el demandante pero no sustentada, releva a la Sala de considerarla a fondo, pues no está entre las atribuciones de la Sala de Casación Penal suplir las deficiencias del recurrente.

Sólo por vía de doctrina y vista la disparidad de criterios que ofrecen las sentencias de primero y segundo grado en cuanto al concurso de los delitos de falsedad y estafa, cuando hay uso del documento, la Sala se permite citar la jurisprudencia sentada al respecto en fallo de 14 de mayo último. La tesis allí sustentada es muy distinta a la del fallo recurrido, pero en nada, en esta oportunidad, puede la Corte enmendar la decisión del Tribunal.

Dijo la Corporación:

"Ahora véase lo que ocurre con una especie del género, es decir, no ya con la falsedad y el uso de **documentos privados en general,** sino con la falsedad y el **uso** de INSTRUMENTOS NEGOCIABLES en particular, que entrañe un delito distinto de ésta.

"El que sin ser funcionario o empleado público, o aun siéndolo —pero en zona de actividad extraña a sus funciones— falsifique INSTRUMENTO NEGOCIABLE, O DOCUMENTO PUBLICO U OFICIAL, incurre, por ese solo hecho, en 2 a 8 años de **presidio.** (Cf. artículo 233 ibidem).

"Distingue, pues, la ley, entre documentos públicos e INSTRUMENTOS NEGOCIABLES, sin crear desde luego con éstos un género aparte del conocido con el nombre de DOCUMENTOS PRIVADOS. La equiparación que aquí hace la ley entre documentos públicos e INSTRUMENTOS NEGOCIABLES **se contrae al solo efecto de la penalidad.**

"Si el que, usando 'con perjuicio de tercero o con intención de causarlo', el instrumento negociable a sabiendas de que es falso, no es el mismo sujeto que lo falsificó, la pena para el usador es la del artículo 233 del C. P., o sea la de 2 a 8 años de presidio, con una **disminución** 'hasta de una tercera parte'. (Cfr. artículo 234 ibidem).

"Obsérvese, desde ahora, que el USO punible a que se refiere el capítulo 'De la falsedad', no es un uso cualquiera sino un uso 'con perjuicio de tercero o con intención de causarlo'. (Artículo 240), o 'con propósito de lucrarse' (artículos 234 y 241 ibidem), sin que entrañe un delito distinto de la falsedad.

"Pero, ¿qué pasa si el que falsifica el **instrumento negociable** es el mismo que lo USA, incurriendo en otro delito?

"a) ¿Se considera tal USO del instrumento por el mismo falsario, como delito o hecho punible distinto de la falsificación? ¿Hay o no hay concurso material de este delito con el de estafa, por ejemplo, cuando es autor de ambos un mismo sujeto activo y cuando **hay** o pudo **haber** un número plural de víctimas como secuela de tal USO?

"b) Si no hay concurso sino más bien **absorción** del segundo delito por el de falsificación, seguiríase que quien a la vez resulta ser autor de ésta y **aprovechador** del INSTRUMENTO NEGOCIABLE apócrifo, tendría IGUAL pena que la imponible al que no ha hecho otra cosa que falsificar el instrumento negociable. Y por si esto fuera poco, el que a la vez sea falsario y, por ejemplo, estafador respecto de documento privado no negociable, quedaría, como ya se ha visto, reprimido con mayor severidad (2 a 8 años de presidio con un aumento de 1/3 a ½) (Crf. artículo 242 del C. P.) que el que comete los mismos delitos en cheques y letras de cambio.

"c) Si, por el contrario, no hay tal absorción, ¿qué artículo del C. P. se le aplica al autor de ese concurso de falsedad y el otro delito? ¿Se le aplica el 33 en armonía con el 233 (falsificación del instrumento negociable) y el 408 (**estafa** por

medio del mismo)? ¿O se le reprime mediante la norma del concurso especialísimo del artículo 242 ibidem?

"d) Aplicándoie al que ha incurrido en la doble actividad criminal de que trata la letra c) precedente, las normas de los artículos 33, 233 y 408 del C. P., la pena imponible es la de 2 a 8 años de presidio con un aumento (artículo 33) de cero más uno 'hasta otro tanto' de la base; al paso que si el precepto aplicable es el del artículo 242 ibidem, la pena-base es la misma (2 a 8 años de presidio), pero el aumento no puede bajar de la tercera parte, como mínimo, ni exceder de la mitad, como máximo. En la primera hipótesis no hay límite mínimo para el aumento; en la segunda, ese límite es la tercera parte. En cambio el máximo del aumento en la primera hipótesis es otro tanto de la base, y en la segunda sólo llega a la mitad.

"Todos los interrogantes que hasta aquí ha presentado la Sala respecto al caso del que habiendo falsificado un cheque, acaba por hacerlo efectivo en provecho propio, se resuelven, dentro de un criterio de rigurosa interpretación sistemática de la ley, mediante la aplicación del concurso material de falsedad y estafa (artículos 233, 408 y 33 del Código de las penas). Esta clase de concurso fue la que tuvo en cuenta el Tribunal en el fallo recurrido, aunque sin expresar con la precisión deseable las bases esenciales de su razonamiento. La Corte estima que el Tribunal acertó al aplicar al caso de autos las reglas del concurso material de falsedad y estafa, porque, como ya se vio, el uso del cheque falso no se detuvo en el perjuicio de tercero o en el intento de causarlo o en el propósito de lucrarse, sino que se tradujo para quien a la vez fue autor y usador del cheque falso, en 'un provecho ilícito'.

"En otras palabras: el uso no fue aquí únicamente el propio de la falsedad, sino que dio lugar a una nueva figura punible autónoma —la estafa— que consiste en obtener mediante engaños o artificios 'un provecho ilícito con perjuicio de otro' (artículo 408 del C. P.).

"Si la falsificación no hubiera ocurrido en cheque sino en documento público u oficial, usado luego por el mismo falsario, en provecho propio y en perjuicio de tercero, el resultado hubiera sido el mismo y la escala penal aplicable a tal concurso tampoco hubiera sido diferente (artículos 233, 408 y 33)".

Sin otras consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria — El Secretario, Pioquinto León L.

EN EL PROCESO PENAL, NO SOLO QUIENES GOZAN DE SOLVENCIA ECONOMICA PARA PAGAR SERVICIOS PROFESIONALES, Y DESEAN HACERLO, SINO TAMBIEN LOS MENESTEROSOS Y LOS ACUSADOS QUE POR CUALQUIER CIRCUNSTANCIA NO PUEDAN Y AUN NO QUIERAN DEFENDERSE, TIENEN DERECHO A QUE LOS PATROCINE CON CELO Y EFICACIA UN ABOGADO. — INFIDELIDAD PROFESIONAL EN UN DEFENSOR. — SI ESTE NO INVOCO COMO EXCUSA LEGAL PARA SERVIR EL CARGO LA CIRCUNSTANCIA DE HABER TENIDO MAS DE CUATRO DEFENSAS DE OFICIO CUANDO ACEPTO LA ULTIMA, LA GRAVEDAD DE AQUELLA FALTA NO SE ATENUA EN FORMA ALGUNA SINO QUE ANTES LA ACRECIENTA. — PENA IMPONIBLE EN TAL EVENTO

1.—La abogacía no es en Colombia un medio exclusivo para ganar dinero, pues "constituye una función social" y quienes a ella se dedican "serán responsables civil y penalmente, no sólo por sus actos sino por sus omisiones en el ejercicio profesional", como lo establece el artículo 1º de la Ley 67 de 1935.

Y en el proceso penal, donde se ventilan cuestiones de orden público, tienen derecho a que los patrocine con celo y eficacia un abogado, no sólo quienes disponen de recursos pecuniarios para pagar sus servicios, y desan hacerlo, sino también los menesterosos y los acusados que por cualquier circunstancia no puedan y aun no quieran defenderse. De ahí que el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal no haga distinciones para imponer al defensor, remunerado o de oficio, la aceptación del cargo, y que tampoco las haga el artículo 169 del Código Penal para reprimir al apoderado que de cualquier "manera sea infiel a sus deberes profesionales".

2.—Claramente se deduce infidelidad profesional en un defensor de oficio, cuando de autos aparece que nada hizo en favor de la causa que se le confió, habiendo limitado su actividad a acelerar la condena de su cliente y a hacer efectivas las pretensiones de la contraparte. Esto, sin perjuicio de que en el amplio debate de un proceso penal pueda aquél desvirtuar los cargos o justificar su conducta.

La circunstancia de que el profesional hubiera tenido a su cargo más de cuatro defensas de oficio cuando aceptó la última, no atenúa en forma alguna la gravedad de su falta, sino que antes la acrecienta, pues si no la invocó como excusa legal para servir el cargo (artículo 107 del C. de P. P.), hay que entender que lo asumió libre y voluntariamente, a sabiendas de que no cumpliría con sus deberes.

En tal evento, la pena de multa resulta benévola en exceso, debiéndose imponer la de suspensión en el derecho a ejercer la abogacía por un término proporcionado a la gravedad de la falta.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, septiembre dieciséis de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS

Al doctor ALFONSO QUINTERO OSORIO, cuya calidad de abogado en ejercicio se encuentra acreditada, lo nombró el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Manizales defensor de oficio de Noel Parra Palacio, en el proceso seguido contra éste y Pedro Castellanos Pineda por el delito de lesiones personales, el 2 de agosto de 1954, tras de declarar "ausente" al primero de los reos. a raíz de informarle el Secretario que "no ha sido hallado para notificarle el auto de enjuiciamiento dictado en esta causa", y no haberse hecho presente al emplazarlo. El 9 del mismo mes tomó posesión del cargo y se notificó del auto de proceder respectivo, contra el cual interpuso apelación.

El 11 del propio agosto el doctor Quintero Oso-

rio presentó conjuntamente con el doctor Arturo Giraldo Upegui, quien aparece en el juicio como defensor del otro acusado y personero judicial de la parte civil —Alfredo Castellanos Pineda—, escrito en el cual manifestaron renunciar "términos, ejecutorias y notificaciones", "con el fin de que el negocio siga su curso normal y tenga solución rápida".

El doctor Quintero Osorio continuó como defensor de Parra Palacio hasta la terminación del juicio penal, limitándose a firmar notificaciones, sin hacer nada en defensa de su patrocinado, pues ni siquiera apeló de la sentencia condenatoria, que le fue notificada personalmente.

Sólo al correrles "la causa en traslado a los doctores Arturo Giraldo Upegui y Alfonso Quintero Osorio, el primero como apoderado de la parte civil y el segundo como defensor del procesado Noel Parra Palacio por el término de dos días a cada uno para el estudio del expediente", desplegó el segundo alguna actividad: "Firman en constancia —se lee en la atestación respectiva— manifestando que renuncian el traslado. (Fdo.) Arturo Giraldo Upegui. (Fdo.) Alfonso Quintero Osorio".

En la sentencia definitiva dictada contra Parra Palacio —cuya revisión decretó después esta Sala sobre la base de que fue falso el informe que privó de defensa al procesado— se le condenó a veintiocho meses de presidio y a pagar, en abstracto, los perjuicios que le hubiese ocasionado a la parte civil.

El apoderado de ésta presentó más tarde, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 553 del Código Judicial, liquidación de los perjuicios materiales y morales que dijo haber recibido su cliente y cuyo monto hizo ascender a suma de veintiún mil trescientos ochenta pesos y veinte centavos ($ 21.380.20). "De la precedente liquidación —dispuso el Juez— córrase traslado a la contraparte por el término de cinco días para que pueda objetarla dentro de dicho término si a bien lo tiene". El 25 de julio de 1955 se notificó al doctor Quintero Osorio el auto anterior y se le corrió traslado del expediente, el cual fue devuelto al otro día con esta manifestación: "Renuncio el resto del traslado. Julio 6 de 1955. Alfonso Quintero Osorio".

El 13 de dicho mes el Juzgado aprobó la expresada liquidación, haciendo notar en la parte motiva de su providencia que "al incidente se le dio la tramitación correspondiente, y personalmente el doctor Alfonso Quintero Osorio defensor de oficio de Noel Parra Palacio recibió en traslado por el término legal la liquidación hecha junto con el proceso, habiendo devuelto los autos sin objetar la liquidación", y afirmando luégo de transcribir lo aplicable del artículo 553 del Código Judicial: "De acuerdo con los términos en que aparece redactada la disposición citada, por su claridad no son necesarias consideraciones de ninguna índole para llegar a la conclusión que el deber de este Despacho no es otro que el de aprobar la liquidación de perjuicios tal como fue hecha, aunque parezca que su monto sea elevado..." El mismo día se notificó este auto al doctor Quintero Osorio, sin que expresara inconformidad alguna.

Los hechos expuestos están establecidos con las correspondientes copias de las constancias procesales.

Descargos y su prueba.

Durante la investigación ordenada por la Corte y seguida por el Tribunal Superior de Manizales para esclarecer la conducta del doctor Quintero Osorio frente a lo dispuesto por la Ley 69 de 1945, no negó éste las imputaciones anteriores, pero hizo reparos al Juez, por haber declarado reo ausente a Parra Palacio, y al primer abogado que tuvo a su cargo la defensa, doctor Fernando Londoño y Londoño, por haberla abandonado al posesionarse de la Gobernación de Caldas. Censura también a su cliente el olvido en que tuvo el negocio.

Trata luégo de justificar su proceder alegando que a los profesionales de la abogacía se les recargara con múltiples defensas de oficio, por lo cual "es imposible atenderlas todas, como lo desea el legislador. De allí que haya sido costumbre de que los abogados designados para defensas de oficio, nos limitemos sólo a firmar notificaciones y a tener que desempeñar un papel pasivo en la investigación, ya que no habría tiempo suficiente para atenderlas todas y entonces tendríamos que hacer a un lado los negocios que nos confían los clientes, por lo que nos están pagando y de los cuales derivamos nuestra subsistencia'. Agrega que no asumió de manera arbitraria la representación de Parra Palacio en el incidente de liquidación de perjuicios, sino que el Juzgado se la continuó reconociendo y no quiso él ser renuente a las notificaciones que se le hacían.

Sostiene "que la defensa de oficio se ha desfigurado entre nostros, se ha convertido en una corruptela, porque ya casi todo individuo que

está sindicado y que no quiere buscar los servicios de un abogado, muy desvergonzadamente le dice al Juez o funcionario que le designe un apoderado o defensor de oficio, lo que se acepta sin reserva alguna. Así el cliente se evita de tener que pagar los honorarios del abogado, estando en las más de las veces en condiciones de pagar honorarios, por ser personas pudientes, como en el caso del señor Parra", a quien ni siquiera conocía de vista. "Si ello es así —continúa—, si se trata de un desconocido, ¿cómo hace el abogado para ir detrás del cliente, a que le suministre los elementos de información necesarios para la defensa? ¿En qué se viene a convertir el abogado? ¿No es el cliente el que debe venir al abogado, a su oficina, a proporcionarle tales elementos?".

Invoca el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal para destacar que "el cargo de defensor es de forzosa aceptación", "tanto el nombrado por el sindicado o procesado como el designado por el Juez". "Sólo puede haber exoneración para servir el cargo —prosigue—, en los casos contemplados en la misma disposición, siendo una de ellas, el tener el abogado a su cargo cuatro o más defensas de oficio, caso en el que estamos comprendidos todos los abogados de esta ciudad, el que no tienen en cuenta los Jczgados ni los funcionarios de instrucción, porque los nombramientos de defensor de oficio se producen en serie, a granel, sin parar mientes en el número de defensas que se están desempeñando".

Termina pidiendo se declare "que no hubo actuación incorrecta ni dolosa de parte del suscrito, en el desempeño del cargo de defensor de oficio de Noel Parra".

Mediante la práctica de varias pruebas pedidas por el acusado pudo establecerse que el 9 de agosto de 1954 tenía a su cargo más de cuatro defensas de oficio, y que él y Parra Palacio no eran conocidos entre sí hasta después de haberse concluído el proceso a que se ha hecho referencia.

Ni siquiera intentó demostrar el doctor Quintero Osorio que algún Juzgado no le hubiera admitido a él u otro abogado excusas para atender defensas de oficios.

La sentencia apelada.

El Tribunal Superior de Manizales, en fallo de 12 del último diciembre, contra el cual interpuso el procesado apelación que le fue concedida, luégo de examinar los hechos y hacer las consideraciones jurídicas pertinentes, hubo de concluír que "el doctor Alfonso Quintero Osorio, violó el artículo 9º de la Ley 69 en referencia", y que "dada la conducta anterior del citado profesional, o mejor, que no ha sido castigado por esta índole de infracciones es justo que se le sancione con multa solamente", y lo condenó a pagar al Tesoro Nacional la suma de quinientos pesos ($ 500.00). Dispuso también "enviar copia de estas diligencias al funcionario a quien corresponda la investigación del posible delito cometido por el abogado doctor Alfonso Quintero".

Dictamen de la Procuraduría.

El señor Agente del Ministerio Público pide, en su vista de fondo, se revoque el fallo recurrido y se "declare que no es el caso de proseguir la acción penal por hallarse prescrita", pues estima que "la falta cometida constituye una infracción contravencional" y ha transcurrido más de un año desde la fecha en que quedó perfecta (artículo 115 del Código Penal).

Para fundar esta tesis reproduce el señor Procurador los mismos argumentos expuestos sobre la materia en otras ocasiones, y a los cuales no ha de referirse ahora la Sala por haberlo hecho ya con amplitud en otras oportunidades, como ocurrió en el juicio contra Arturo Berrío Parra, por faltas contra la ética en el ejercicio de la abogacía.

Se considera:

1º Salta a los ojos que los hechos artibuídos al acusado, y que se juzgan en este proceso por la vía disciplinaria, no constituyen un simple caso de policía, como lo pretede el señor Procurador, sino que están previstos y reprimidos como delictuosos por el Código Penal en el capítulo denominado "de la colusión, y otras infracciones cometidas por los apoderados y consejeros". No procede, pues, declarar prescrita la acción penal de ellos emergente.

2º La obogacía no es en Colombia un medio exclusivo para ganar dinero, como parece entenderlo el recurrente, pues "constituye una función social" y quienes a ella se dedican "serán responsables civil y penalmente, no sólo por sus actos sino por sus omisiones en el ejercicio profesional", como lo establece el artículo 1º de la Ley 67 de 1935.

Y en el proceso penal, donde se ventilan cuestiones de orden público, tienen derecho a que los patrocine con celo y eficacia un abogado, no sólo quienes disponen de recursos pecuniarios para pagar sus servicios, y desean hacerlo, sino también

los menesterosos y los acusados que por cualquier circunstancia no puedan y aun no quieran defenderse. De ahí que el artículo 107 del C. de P. P. no haga distinciones para imponer al defensor, remunerado o de oficio, la aceptación de cargo, y que tampoco las haga el artículo 169 del Código Penal para reprimir al apoderado que de cualquier "manera sea infiel a sus deberes profesionales".

3º Es indudable que en el caso **sub-judice**, sin perjuicio de que en el amplio debate de un proceso penal pueda el acusado desvirtuar los cargos o justificar su conducta, se encuentra claramente establecida la infidelidad profesional del doctor Alfonso Quintero Osorio, pues nada hizo en favor de la causa que se le confió, habiendo limitado su actividad a acelerar la condena de su cliente y a hacer efectivas las pretensiones de la contraparte. Aunque no se ha probado, pues, un acuerdo con ésta, que apenas se vislumbra, su conducta es de las más graves en estas materias.

La circunstancia de que el procesado hubiera tenido a su cargo más de cuatro defensas de oficio cuando aceptó la de Noel Parra Palacio, no atenúa en forma alguna la gravedad de su falta, sino que antes la acrecienta, pues al no invocarla como excusa legal para servir el cargo (artículo 107 del C. de P. P.), hay que entender que lo asumió libre y voluntariamente, a sabiendas de que no cumpliría con sus deberes.

Por tales motivos, la pena de multa impuesta por el Tribunal resulta benévola en exceso, y debe reemplazarse por la de suspensión en el derecho a ejercer la abogacía, cuyo término se fijará sólo en seis meses, porque el hecho de que el cliente fuera del todo desconocido por su defensor, implicó sin duda una dificultad, aunque no muy difícil de vencer, para organizar adecuadamente la defensa.

4º No es el caso de ordenar investigar los cargos que el acusado hizo al Juez que declaró reo ausente a Parra Palacio, y al doctor Fernando Londoño y Londoño, por estar prescritas las acciones penales derivadas del abuso de autoridad en que hubiera podido incurrir el primero y de la posible falta en el ejercicio de la abogacía que se imputa al segundo.

* * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador fiscal, REFORMA el fallo de primera instancia en el sentido de CONDENAR al doctor Alfonso Quintero Osorio a la pena disciplinaria de SUSPENSION EN EL DERECHO A EJERCER LA ABOGACIA POR EL TERMINO DE SEIS MESES, en lugar de la multa que en él le fue impuesta. CONFIRMASE en lo demás.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez, salvo el voto.—**Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L.,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. LUIS EDUARDO MEJIA JIMENEZ

El suscrito ha venido sosteniendo, acorde en ello con el criterio de la Procuraduría, que las "faltas", graves o leves, a que alude la Ley 69 de 1945, no son otra cosa que **contravenciones** de las contempladas generalísimamente en el artículo 2º del Gódigo Penal, sin que la diferencia de nombres arguya nada en contrario, supuesto que ambos se tienen por sinónimos, tanto gramaticalmente como ante la doctrina jurídica.

Conforme con tal criterio, ha sostenido y sostiene que la acción penal en los referidos casos de "faltas", se prescribe por el lapso de un año, en armonía con lo dispuesto en el artículo 115 del Código Penal.

Cree, asimismo, que no es aceptable, como lo profesa la mayoría de la Sala, establecer una discriminación tal, según la cual se prescriben en un año las faltas leves, como genuinas contravenciones, mas no, en cambio, las graves, por su relación directa o indirecta con delitos tipificados en el Código Penal. Esto rompe el principio de que donde hay la misma razón existe la misma disposición y rige la misma interpretación. Y, de otra parte, ese criterio quebranta la autonomía de que aparecen revestidas dichas faltas en la ley que las tipifica y diferencia de los verdaderos delitos. No en balde, éstos deben ser investigados y sancionados, sin perjuicio de la represión penal de la falta, de acuerdo con los mandatos de la misma Ley 69.

Sobra la exposición de otras razones, que han sido expuestas en otros salvamentos de voto, a los cuales se remite el suscrito, para no hacerse prolijo.

Dejo, de esta suerte, cumplida mi obligación legal de expresar los motivos de mi disentimiento.

Bogotá, D. E., 15 de septiembre de 1959.

LUIS EDUARDO MEJIA JIMENEZ

EL HECHO DE NO HABERSE PRACTICADO,—POR DIFICULTADES AJENAS A LA VOLUNTAD DE LOS FUNCIONARIOS INSTRUCTORES Y JUZGADORES —, LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LAS PARTES EN UN PROCESO PENAL, NO ACARREA NULIDAD DE NINGUNA ESPECIE Y MUCHO MENOS DE CARACTER CONSTITUCIONAL (ARTICULO 26 DE LA CARTA). —SOLO CUANDO LA APRECIACION PROBATORIA HECHA POR LOS JUZGADORES DE INSTANCIA PUGNA CON LA EVIDENCIA PROCESAL, PUEDE HABER LUGAR A CASACION POR LA CORTE MEDIANTE LA CAUSAL 2ª. — ES UN ERROR AFIRMAR QUE LA FALSEDAD NO LA PUEDEN COMETER SINO FUNCIONARIOS PUBLICOS, Y ESO SIEMPRE QUE IMITEN LETRA, FIRMA O RUBRICA

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

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino)

VISTOS:

El Tribunal Superior de Neiva condenó, por falsedad, a EDUARDO ARANGO CORREA y GABRIEL PEREZ BENJUMEA a cuatro años de presidio, como penas principales para cada uno, y a las accesorias de rigor.

Contra la sentencia que tiene fecha 24 de noviembre último, interpusieron recurso de casación los reos pero no el Ministerio Público.

Tramitado en la Corte el asunto, se procede a resolver lo que sea legal mediante las siguientes consideraciones:

HECHOS:

La denuncia que ha servido de base al proceso la presentó el 8 de abril de 1957 el doctor Mario Borrero Gutiérrez como Gerente que era entonces del Banco del Comercio en Neiva, ante la Inspección Primera Municipal de Policía de dicha ciudad. Con arreglo a tal denuncia, un señor Pablo Moreno, vecino de Planadas, tenía desde 1951, cuenta corriente en aquel Banco; se supo luégo que Moreno había muerto en diciembre de 1952, en región del Huila afectada por la violencia; que para esa fecha su saldo en la referida cuenta corriente era de $ 9.323.32; que, por lo mismo, no habiendo tenido ulterior movimiento, dicha cuenta pasó al libro de inactivas; que, con todo eso, el 7 de noviembre de 1955 llegó al Banco del Comercio, en canje del Banco Popular, el cheque número 173 como girado por el mismo Pablo Moreno, por la totalidad del saldo, o sea por los expresados $ 9.323.32; que Gabriel Pérez Benjumea era a la sazón quien, como empleado del Banco del Comercio, tenía a su cargo las cuentas corrientes en la Sucursal o agencia de Neiva; que Pérez Benjumea, en tal carácter le puso el visto bueno a ese cheque y el Banco lo pagó por considerarlo valedero; que, días antes de la denuncia se habían presentado al Banco los parientes de Moreno a reclamar el saldo de la cuenta, y supieron, no sin sorpresa que estaba cancelada mediante el supradicho cheque número 173; que este cheque se buscó, original en el archivo, y no se encontró; que luégo se estableció que en la hoja bancaria donde debía figurar, se había borrado la fecha de su pago; que por averiguaciones en el Banco Popular se supo que ese cheque fue consignado allí, en cuenta de ahorros número 1.294 el 5 de noviembre de 1955, perteneciente a Eduardo Arango Correa; que el número de la chequera de Pablo Moreno en el Banco del Comercio era 688 y no 173; que Pérez Benjumea no pudo explicar satisfactoriamente el caso, ni por qué se borró la fecha del pago del cheque de $ 9.323.32; que la cantidad, en cifra numérica exacta, con pesos y centavos del referido saldo tuvo que darla un empleado del Banco, pues los particulares no tienen acceso a los libros de la institución; que lo mismo debió ocurrir con la supresión o borradura de la fecha del pago del instrumento; y, por último que Pérez Benjumea, o sea el empleado encargado de las cuentas cerrientes es cuñado del beneficiario del cheque, es decir, de Eduardo Arango Correa.

Los hechos que se acaban de relatar figuran suficientemente acreditados en el proceso.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Conviene transcribir de ella los siguientes apartes:

"....se recibió indagatoria a Eduardo Arango Correa, quien dijo ser oriundo de Betania en el Departamento de Antioquia, pero que hace muchos años reside en el Huila donde es casado con la señora Alicia Pérez Benjumea. Que no conoce ni tiene idea quién sea Pablo Moreno y que es evidente que en noviembre de 1955 hizo una venta de tabaco en rama a persona desconocida, pues además de negociar en tabaco elaborado también negocia en tabaco en rama. Que el señor que le compró el tabaco se lo pagó en dinero y con un cheque el cual consignó personalmente en su cuenta de ahorros en el Banco Popular de esta ciudad. Que además de tener el negocio de la elaboración de tabaco es también constructor. Que el cheque por $ 9.323.32 lo giró el comprador del tabaco en su presencia, pero que a ese señor no lo conocía antes, ni había tenido negocios con él, ni se lo presentó nadie, ni después lo ha vuelto a ver. Al preguntarle el instructor contra qué Banco estaba girado el cheque que le dio el desconocido y por qué no averiguó antes si ese señor tenía cuenta corriente y dinero en el Banco, contestó que el cheque estaba girado contra el Banco del Comercio en esta ciudad y que recibió el cheque sin ninguna averiguación respecto al girador porque el físico de éste parecía ser de persona honorable.

"En relación con sus conexiones con el señor Gabriel Pérez Benjumea manifiesta que dicho señor se crió en su casa porque desde hace muchos años su esposa Alicia Pérez, hermana de Gabriel, hubo de hacerse cargo de la familia por imposibilidad física de sus padres, es decir, que ella era la que había criado a su hermano menor Gabriel y había atendido a su educación. Que por esa razón Gabriel había vivido en su casa hasta cuando se casó, pues entonces se pasó a vivir a otra casa pero conservando siempre lazos familiares. Que con Gabriel tuvo una compañía para la elaboración de tabaco a la cual aquél aportó $ 1.500.00 y que cuando tal ocurrió, su cuñado ya estaba trabajando en el Banco del Comercio de esta ciudad.

"Que del Banco Popular retiró su cuenta de ahorros porque había dos empleados que no lo querían y le demoraban las operaciones. Que por eso se había pasado al Banco de Colombia; pero que la cuenta de ahorros en dicho Banco la había cancelado también para prestarle esos fondos a su esposa Alicia Pérez para que abriera cuenta de ahorros porque a él no le quedaba tiempo.

"En cuanto al hecho concreto de si sabía quién pudiera ser el autor o autores de los delitos de falsedad y estafa denunciados por el doctor Borrero Gutiérrez, manifestó que no sabía nada.

"Finalmente informó que su capital ascendía a una suma más o menos de $ 15.000.00 representados en la casa de habitación número 16-27 de la carrera 10ª de esta ciudad amueblada y en la empresa de elaboración de tabaco..."

"Indagatoriado el señor Gabriel Pérez Benjumea, dijo tener 24 años de edad, natural de Gigante pero vecino de esta ciudad y de profesión empleado de Banco, siendo Cajero-Pagador del Banco del Comercio cuando rindió la indagatoria, lo que tuvo lugar el 11 de abril del presente año..."

...' "Informó que él se había criado al lado de su hermana Alicia Pérez, casada con Eduardo Arango Correa a quien por tal motivo conoce desde su tierna infancia ya que ha sido quien ha visto por él con su hermana, habiendo vivido en su casa hasta que se casó. Que por tales motivos él ha tenido mucha estimación por su cuñado Arango Correa, con quien tuvo también una empresa de elaboración de tabaco a la cual aportó mas o menos $ 800.00 los cuales consiguió una parte por ahorros de su sueldo que es de $ 400.00 y la otra por primas de los meses de junio y diciembre.

"En relación con el reglamento del Banco para lo relacionado con las cuentas corrientes, consignaciones y cobro de cheques hace presente que el encargado de las cuentas corrientes antes de visar un cheque para su pago debe enterarse si la firma del girador corresponde a la que tiene registrada en el Banco. También que el número de la libreta del girador el cual está anotado en la hoja de la cuenta corriente, corresponda al número del cheque que se presenta y finalmente que el girador tenga fondos suficientes en su cuenta, pues de lo contrario es necesario consultar al Gerente para saber si se puede pagar por suma mayor de la que exista como disponible en la cuenta. Que puede presentarse el caso de que el número de la libreta del girador no corresponda al número del cheque que se presenta para el pago,

pero que en ese caso debe tratarse de lo que se denomina **cheque relacionado** que consiste en un cheque que el Banco suministra al cliente de la libreta que tiene el Banco especialmente para tales casos con el fin de que el individuo pueda girar inmediatamente si no tiene su libreta a la mano. Tales cheques relacionados los suministra la Gerencia o la Secretaría del Banco, según las autorizaciones que tenga. Dice que desde el momento que el cheque por $ 9.323.32 que llevaba el número 173 se hubiese presentado cuando él desempeñaba las funciones de llevar las cuentas corrientes y se pagó, él tuvo que autorizarlo y que si dicho cheque no correspondía a la libreta del señor Pablo Moreno tenía que ser un cheque relacionado. Que según los reglamentos del Banco una vez visado el cheque por el empleado que lleva las cuentas corrientes, pasa al extractor de cuentas y de ahí al archivo que se conserva bajo llave y a cargo de un empleado especial, auncuando a él tienen acceso todos los empleados del Banco con el fin de buscar datos para aclarar cualquier problema.

"Se muestra totalmente extraño al hecho de quién pudiese ser la persona que borró el asiento en el libro en que aparece el pago del cheque de que nos ocupamos, lo mismo que respecto a la persona que sustrajo el cheque 173 del archivo del Banco de donde desapareció. Dice finalmente que no sabe quiénes puedan ser los autores de los delitos investigados y denunciados por el doctor Borrero Gutiérrez...".

"...Se llevó a cabo una inspección ocular en el Banco del Comercio por el señor Juez del conocimiento o sea el Superior de esta ciudad, acompañado por los peritos señores Mario Cucalón y Angel María García. Los señores peritos después de examinar los libros y el archivo del Banco constataron que en la cuenta corriente del señor Pablo Moreno aparecía un saldo a su favor de $ 9.323.32, cuenta que se encontraba dentro del grupo de cuentas inactivas por no haberse movido desde el 12 de diciembre de 1952 fecha en que se cobró el cheque número 17 por la suma de $ 500.00, quedando el saldo anotado. Que esa cuenta que estaba entre las inactivas, fue sustraída del cajón donde se guardaba el día 7 de noviembre de 1955 para pasarla a las cuentas activas y sentar ahí el pago del cheque número 173 remitido en canje por el Banco Popular. Que el asiento del retiro de la cuenta de inactivas a activas aparece de puño y letra del empleado Gabriel Pérez Benjumea, empleado que según información del Gerente Borrero Gutiérrez estaba encargado de cuentas corrientes el día 7 de noviembre de 1955. Que el asiento del pago del cheque 173 en la cuenta de Pablo Moreno aparece borrado en su fecha y que el número 173 que llevaba el cheque por los $ 9.323.32 no corresponde a la libreta del señor Pablo Moreno según la anotación que aparece en la cuenta corriente del señor Moreno. Finalmente que el cheque 173 de que se trata no se encuentra en el archivo del Banco.

"La Gerencia del Banco del Comercio certifica que revisados los talonarios de las chequeras para cheques relacionados usados por tal Banco en el año de 1955, no se encontró faltante el número 173. Con posterioridad expidió otro certificado el mecionado Banco en la siguiente forma: "Que revisados los cheques relacionados correspondientes al mes de noviembre de 1955 se constató que durante ese tiempo no se entregó ningún cheque relacionado al señor Pablo Moreno".

"Como complemento de esta investigación y para conocer el volumen de los negocios del señor Arango Correa, se trajo la copia de la tarjeta de relación de la cuenta de ahorros del Banco Popular de dicho señor distinguida con el número 01294, desde el 14 de junio de 1954 en adelante. Al examinar dicha relación se observa que los depósitos que hacía el señor Arango hasta el 5 de noviembre de 1955 eran por sumas pequeñas, pues solamente se nota una consignación de $ 950.00 en julio de 1954 y otra de $ 1.000.00 en agosto del mismo año. En cuanto a los saldos del Sr. Arango hasta el 5 de noviembre de 1955, el mayor que tuvo según el extracto que se examina fue el de $ 1.542.50 el 5 de octubre de 1954, fecha en que hizo una consignación por $ 640.00. El 5 de noviembre de 1955 aparece la consignación por $ 9.323.32".

* * *

Continúa luégo el Tribunal ocupándose con gran detenimiento en las pruebas traídas a los autos. Analiza el testimonio de la madre de Pablo Moreno, señora Rosario Moreno Hernández, a quien Emma Rivas, Fidelina Rivas y Rafael Pérez informaron que habían visto el cadáver de Pablo Moreno el día 1º de enero de 1953, en el sitio de "El Carbón". La misma declarante Moreno Hernández dijo que cuando su hijo iba a viajar a Neiva le comunicó que tenía en el Banco del Comercio unos $ 10.000.00, de los cuales había girado $ 500.00, y que si algo le pasaba a él, es decir a Pablo, que retirase ella ese dinero.

Esta prueba, según el Tribunal no sirve propiamente de descargo para los acusados, porque tiende mas bien a establecer "la muerte de Pablo Moreno y no que podría estar vivo para la época en que se giró el cheque número 173".

En seguida el Tribunal estudia la situación de los dos procesados así:

"Sabemos, y de ello hay pruebas irrefutables, que el cheque marcado con el número 173 girado por la suma de $ 9.323.32 fue consignado en su cuenta de ahorros por el señor Arango Correa en el Banco Popular con fecha 5 de noviembre de 1955. También sabemos que ese cheque que apareció pagado por el Banco del Comercio en esta ciudad con fecha 7 del mismo noviembre, no corresponde a la chequera que el Banco le entregó al señor Pablo Moreno quien mediante cheque de su chequera hizo un último retiro de fondos por valor de $ 500.00 el 12 de diciembre de 1952. Que en vista de que no volvió a girar el señor Moreno, su cuenta pasó al lugar donde se tienen las cuentas inactivas con un saldo preciso de $ 9.323.32 a su favor, hecho constatado por los peritos que practicaron la inspección. Que hay motivos muy fundados para considerar que el señor Moreno fue asesinado el 1º de enero de 1953, és decir, pocos días después de haber hecho el retiro de $ 500.00 con el cheque número 17 de su chequera, libreta señalada en la cuenta corriente del citado Moreno con el número 688 y nó 173. Según estos datos este último cheque girado por el saldo preciso, hasta con centavos, del señor Moreno no tiene probabilidades de haber sido expedido por él, porque ya hemos visto y está probado que dicho señor no recibió cheque relacionado para hacer giro alguno, como por dos ocasiones lo ha atestiguado el señor Gerente del Banco del Comercio. Hay que convenir que no fue el señor Pablo Moreno quien suscribió el mencionado cheque 173. ¿Quién lo hizo? No se sabe con precisión, pero hay un indicio sumamente grave que llena las formalidades exigidas por el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal para ordenar la detención del señor Arango Correa. Tal indicio consiste en que él fue el usufructuario de ese cheque lo que hizo de un modo indudable al consignarlo en su cuenta de ahorros en el Banco Popular, lo que llevó a efecto personalmente según lo declaró. Ahora veamos si las explicaciones que ha dado Arango Correa tienen siquiera visos de veracidad para aceptarlas. Manifiesta que ese dinero, o sea el cheque 173, provenía de la venta de tabaco en rama a un desconocido cuyo nombre ni siquiera pudo dar, alegando que era la primera vez que negociaba con ese señor a quien le vendió unas veintisiete cargas de tabaco en rama. Dice que no se preocupó por averiguar si ese desconocido tenía o no cuenta en el Banco porque por el **físico** le pareció que era persona honorable. ¿Será posible que un comerciante entregue todo su capital que mueve en su negocio a un desconocido mediante un cheque no consultado previamente y sin tomarse el menor trabajo ni siquiera por averiguar el nombre de su cliente? Decimos que el capital que tenía en su industria, porque nos ha dicho el señor Arango Correa que todo su patrimonio puede ascender a unos $ 15.000. computado el valor de su casa de habitación amueblada. Es decir, que su casa amueblada vendría a valer alrededor de $ 6.000.00. Por otra parte por ingenuo que fuese el señor Arango Correa, una vez recibido el cheque habría ido a cobrarlo al Banco del Comercio lo más pronto posible en lugar de consignarlo en una cuenta en otro Banco donde solamente se podía saber si era o no corriente el cheque una vez verificado el canje. Arango Correa nos informa que para la época en que hizo la operación por las veintisiete cargas de tabaco, su cuñado y pupilo Gabriel Pérez Benjumea era empleado del Banco del Comercio de esta ciudad y con él lo unían los lazos familiares más estrechos, pues había ayudado a levantarlo desde su infancia y con él había tenido, o tenía según datos que se encuentran en este expediente, una compañía pequeña para la elaboración del tabaco a la cual, según Arango, había aportado Pérez $ 1.500.00; pero según su aporte no pasó de $ 800.00. Sabemos también que para la época en que fue aceptado el cheque 173 por el saldo total del señor Moreno, el joven Gabriel Pérez Benjumea desempeñaba las funciones de encargado de las cuentas corrientes en el Banco del Comercio y que según lo afirman los peritos la nota para pasar de las cuentas inactivas a las activas la del señor Moreno, está escrita de puño y letra del señor Gabriel Pérez. Solamente por esa circunstancia se explica el hecho de que se pudiese girar el cheque 173 en una libreta que no se sabe a quién pertenecía. pues la investigación no se ha extendido hasta allá, por el saldo total que tenía el señor Pablo Moreno en el Banco del Comercio, aún con centavos. Es verdad que según las declaraciones de Garay y de Sánchez por la época de los acontecimientos Arango Correa tenía buena cantidad de tabaco en rama y estuvo tratando de un negocio por varios miles de pesos

con un desconocido. Esa circunstancia no demerita el indicio antes expuesto de haber entregado su capital el procesado Arango Correa a un desconocido cuyo nombre ni siquiera sabe y de no haberse preocupado inmediatamente por saber si el cheque que le daba en compensación de sus haberes el desconocido, tenía un valor efectivo..."

"Mientras no se traigan al expediente pruebas que vengan a aclarar la situación de Arango Correa, sobre él pesa el grave indicio que requiere el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal para decretar su detención, auncuando, como lo ha dicho este Tribunal en muchas ocasiones, la prueba requerida para dictar una detención es muy distinta de la necesaria para llamar a juicio, y también de la requerida por el artículo 203 del Código que se acaba de citar, para condenar.

"Definido así lo relacionado con el procesado Arango Correa, pasamos a ocuparnos de lo referente al procesado Gabriel Pérez Benjumea.

"La situación jurídico-procesal del señor Gabriel Pérez Benjumea, según estas diligencias, es bastante grave, pues del examen de todo lo que se ha dicho anteriormente se deduce que él como empleado del Banco del Comercio y encargado de las cuentas corrientes de dicho Banco, pasó sin darle aviso alguno al Gerente o al Secretario, del sitio donde se guardaban las cuentas inactivas a las cuentas activas la del señor Pablo Moreno con el fin de hacer el asiento del cheque número 173 girado por la cantidad de $ 9.323.32, saldo que copa la totalidad del saldo de la cuenta del señor Moreno. Que ese asiento fue perfectamente irregular ya que en la hoja de la cuenta corriente del señor Moreno aparecía con toda claridad que la libreta marcada con el número 173 no era la anotada para el señor Moreno, pues la libreta de éste está marcada con el número 688, hecho constatado por la prueba pericial. Como de tal anormalidad no ha podido dar ninguna explicación el procesado Pérez Benjumea, la responsabilidad se localiza sobre él por haber autorizado el pago de un cheque en las condiciones antedichas.

"Viene luégo el hecho de haberse borrado la fecha en que se hizo el pago del cheque en la cuenta del señor Moreno. ¿Qué otra persona podría tener interés en borrar tal fecha si no Pérez Benjumea que había autorizado como correcto el mencionado cheque 173? El mismo procesado Pérez nos dice en su indagatoria, que si cuando se hizo el pago del cheque 173 él estaba encargado de las cuentas corrientes, seguramente él tuvo que hacer el asiento correspondiente para su pago. Nos dice en su indagatoria el procesado Pérez que después de haber estado dos o tres meses como Jefe de cuentas corrientes, fue pasado como auxiliar de dichas cuentas corrientes, cargo que desempeñó hasta el día 31 de diciembre de 1955, y que las funciones de auxiliar de cuentas son las mismas de Jefe de Cuentas Corrientes. Así, pues, no queda la menor duda de que cuando se autorizó en la cuenta corriente del señor Moreno el pago del cheque 173, Pérez Benjumea era el que intervenía en tal operación que se llevó a cabo el 7 de noviembre de 1955. A esto se agrega el comprobante de que fue él quien sacó la cuenta de las inactivas para pasarla a las activas. No hay pues la menor duda al respecto.

"¿Ahora qué persona podía tener interés en borrar la fecha en que se autorizó el pago del cheque 173 si no era precisamente quien había dado la autorización para el pago? Es decir, Pérez Benjumea.

"Ahora estudiemos el caso por el lado subjetivo. Sabemos porque nos lo han dicho los mismos procesados, las íntimas relaciones familiares de Arango Correa con Pérez Benjumea hasta el punto de que éste declara que le tiene grande estimación porque fue precisamente su cuñado Arango quien le ayudó a levantarse en su infancia y a educarlo. Es decir, que hizo las veces de padre por ser el esposo de la hermana mayor de Pérez que actuaba como madre de su hermano menor. No hay ningún inconveniente en aceptar dadas las circunstancias que se han expuesto a lo largo de esta providencia, que fue Pérez Benjumea quien suministró a Arango Correa el dato preciso del saldo de la cuenta de Pablo Moreno. Desde el punto de vista de la personalidad del procesado en relación con la estimación y el respeto para su cuñado Arango, cabe aceptar que puso todo lo que estaba de su parte para hacer efectivo el cheque número 173 girado a favor de su cuñado por $ 9.323.32.

"La situación pues de este procesado como coautor de la infracción de que se trata, está comprobada en la forma requerida por el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal para decretar su detención.

"La inspección ocular llevada a cabo por dos distinguidos caballeros de esta ciudad, prácticos en asuntos bancarios, pues auncuando en estas copias no ha venido el comprobante de su personalidad, es hecho notorio para la Sala de este Tribunal que el señor Marlio Cucalón fue por muchos años Gerente del Banco de Bogotá en esta

ciudad y que actualmente desempeña las funciones de Gerente del Banco Cafetero, y que el señor Angel María García, viene desempeñando las funciones de Secretario del Banco Comercial Antioqueño en esta ciudad desde hace muchos años, puesto que aún desempeña, nos demuestra que en los libros del Banco se cometió el delito de falsedad al borrar la fecha en que fue pagado el cheque 173. También se cometió dicho delito, aun cuando no se deba considerar como separado del anterior, sino como consecuencia de las mismas actividades delictivas, el hecho de hacer desaparecer del archivo del Banco el cheque 173"...

...."Como vemos de la transcripción anterior, el negocio está plenamente estudiado en todas sus principales modalidades, y es de advertirse que después de que el Tribunal pronunció el auto que atrás se ha transcrito, la única prueba que se trajo a los autos fue la solicitada por el señor defensor en esta segunda instancia, consistente en la declaración del señor Oidén Antonio Vargas, rendida ante el señor Juez Municipal de Rivera, a quien se libró despacho con tal fin. El señor Vargas nos dice en su exposición que trabajó en la fábrica de cigarros del señor Eduardo Arango en el año de 1955 y que en el mes de noviembre, sin recordar la fecha, llegaron al establecimiento donde él trabajaba dos señores a quienes él no conoció, a tratar sobre el negocio de un tabaco del de la fábrica de don Eduardo Arango. Que él veía que tanto el maestro Arango como los señores, salían con frecuencia y entraban a una cantina que había allí cerca y que luégo cerraron un negocio por la suma de $ 9.500.00, o un poco menos. Que la suma correspondiente al negocio se la pagaron en un cheque que no supo por qué suma fue girado y el resto en dinero. Que luégo los compradores se llevaron el tabaco. Que recuerda que el señor Arango les preguntó a los compradores del tabaco si el cheque era bueno, a lo que le contestaron que sí y que como él no pudo concluír la semana, no tuvo más noticias del negocio y que ignora si el señor Arango hubiese hecho otros negocios durante el tiempo que él estuvo trabajando en la fábrica de cigarros de dicho señor.

"Al estudiar ahora el expediente en sus diligencias originales, se observa que lo que dijo el Tribunal cuando dictó el auto del cual se ha transcrito una parte, está en un todo de acuerdo con la realidad procesal en cuanto a los hechos objetivos se refiere, pues las argumentaciones del señor defensor en su alegato de esta instancia no desvirtúan la prueba..."

* * *

Con apoyo en los razonamientos transcritos y en algunos otros que se omiten en obsequio de la brevedad, el Tribunal pasa a aplicar la ley observando que, a su parecer, "no se trata de dos delitos distintos, uno cometido por Arango y otro por Pérez Benjumea, sino de uno solo de falsedad en el cual fueron las dos citadas personas coautoras. Y en segundo lugar que no es el caso de contemplar por separado como infracción distinta el delito de estafa por el cual fueron llamados a juicio también los dos procesados".

En vista de lo anterior y de que no existían circunstancias de mayor peligrosidad, el sentenciador aplicó los artículos 231 y 233 del Código Penal y el Decreto 2.184 de 1951 para graduar el quantum de la condena.

LA DEMANDA DE CASACION

Para impugnar el fallo del Tribunal, el recurrente invoca, aunque en orden distinto las causales 4ª, 2ª y 1ª del artículo 567 del C. de P. P.

Causal cuarta. "Es de anotar —sostiene el abogado de los reos— que se incurrió en este proceso en nulidad constitucional, por violación del artículo 26 de la Carta, pues no se observaba (sic) las formas propias de cada juicio, en parte tan principal como la práctica de las pruebas pedidas, ya que nada importa decretarlas si nada se hace por practicarlas, lo cual sucedió con las declaraciones de Emma Rivas y Felina Rivas ya que el mismo Tribunal reconoce ... que el Juzgado Municipal de Chaparral, al cual se le libró despacho comisorio para recibir esas declaraciones, ni siquiera citó a los declarantes alegando que el Juzgado no tenía citador, lo cual es una violación de los derechos de defensa de los procesados".

El señor Procurador (folio 20, cuaderno 4) observa con razón que el cargo transcrito carece en absoluto "de profundidad jurídica"; y la Sala por su parte, no puede menos de advertir que el hecho de no haberse practicado (por dificultades ajenas a la voluntad de los funcionarios instructores y juzgadores) las pruebas a que se refiere el recurrente, no acarrea en este caso nulidad de ninguna especie y mucho menos de carácter constitucional (artículo 26 de la Carta), pues los

testimonios de las señoras Rivas, cualquiera que hubiese sido su efecto concreto, no podían, mermar la responsabilidad de los procesados. Las señoras Rivas no eran empleadas del Banco del Comercio ni presenciaron hecho alguno directamente conectado con el iter criminis. El Tribunal está en lo cierto, desde luego, cuando considera, que las actividades delictuosas de los procesados no iban a perder este carácter porque Pablo Moreno no hubiese muerto al ocurrir la falsedad.

No pospera, pues, la causal cuarta.

Causal segunda. El cerco de indicios vehementes y conexos que el Tribunal analiza con notable amplitud en el fallo materia del recurso, lleva a una convicción racional suficiente en contra de los reos. Como en esta clase de asuntos no interviene el jurado, el Tribunal en segunda instancia y el Juzgado Segundo Superior en primera, tienen cierta soberanía para apreciar las pruebas; y sólo cuando esa apreciación pugna con la evidencia procesal puede haber lugar a casación por la Corte mediante la causal segunda.

Pero en el presente caso el recurrente se limita a fundar dicha causal en cargos que no destruyen las conclusiones sumamente lógicas del sentenciador. Esos cargos se refieren, 1º A no estar probada la muerte de Pablo Moreno; 2º A estimar que el Tribunal hizo mal en apreciar como indicio o sospecha el parentesco entre Gabriel Pérez y Eduardo Arango Correa; 3º En suponer que el trámite que tiene el pago de un cheque en el Banco del Comercio, aunque venga por canje, no coincide con el que el Tribunal analiza en la sentencia para derivar de allí indicios contra los reos; 4º En haber negado el sentenciador valor probatorio a unas declaraciones de Valerio Garay, Justo Pastor Sánchez y Oíden Antonio Vargas sobre los negocios de tabaco del señor Arango Correa; y 5º Que el Tribunal decidió el caso con apoyo en pruebas secretas.

Todos estos cargos no sólo carecen de apoyo procesal, sino que entrañan verdaderas temeridades.

La Procuraduría por esa razón los desecha en su vista de fondo, y además observa tinosamente que lo que aquí se quiere es convertir a la Corte en un Tribunal de tercera instancia. El recurrente no precisa cuáles fueron las disposiciones legales quebrantadas ni el concepto de la violación.

Tampoco prospera, pues, la causal segunda.

Antes de proseguir en el estudio de la demanda, conviene anotar que la Corte en un caso análog al de autos, consideró que había concurso de falsedad y estafa, y procedía por este aspecto la agravación de la condena (sentencia de mayo 14 de 1959 en causa seguida a José Antonio Cabrera Sarmiento); pero en el negocio que ahora se está decidiendo, no puede influír prácticamente esa nueva doctrina, porque, como ya se dijo, la sentencia del Tribunal no fue recurrida en casación por el Ministerio Público sino por los reos cuyo status no está, pues, sometido a agravación.

Causal primera. La funda el recurrente en que el Tribunal erró al interpretar los artículos 231 y 232 del Código Penal, poque los reos no imitaron o fingieron letra, firma o rúbrica en el cheque tantas veces mencionado; que eso no es falsedad sino estafa; y que para que fuese falsedad se requería que los reos hubiesen sido funcionarios públicos.

Esta clase de fundamentación no resiste análisis, pues no tiene ni el menor asomo de respaldo en los artículos invocados ni en otro alguno del Código Penal. Es un error aseverar que la falsedad no la pueden cometer sino funcionarios público, y eso siempre que imiten letra, firma o rúbrica.

La Procuraduría abunda en el mismo criterio y agrega toda suerte de argumentos en contra de las aseveraciones ostensiblemente gratuitas de la defensa en este capítulo del recurso.

No prospera, por tanto, la causal primera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Ploquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

INTANGIBILIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO ESCRITO. — CONTRATO REALIDAD. — TECNICA DE CASACION

El artículo 1.602 del Código Civil, que expresa que "todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales", no puede entenderse en el sentido de que el contrato de trabajo escrito es intocable, ya que, verbi gratia, si contiene cláusulas ineficaces, éstas no producen ningún efecto, o si durante su ejecución se expiden normas de carácter obligatorio, ellas tienen aplicación inmediata desde cuando empiezan a regir, o si en virtud de acuerdo expreso o tácito de las partes la relación de trabajo ha tenido un desarrollo efectivo diferente del que se pactó en el contrato escrito, prevalece el "contrato realidad".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinte de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

María Elena Ordóñez de Acosta, demandó, por medio de apoderado, al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, representado por su Gerente, con el fin de que le pagase las siguientes cantidades: Dos mil cincuenta y dos pesos, sesenta y nueve centavos, por concepto de cesantía correspondiente al lapso comprendido entre el 23 de mayo de 1949 y el 20 de febrero de 1955, con base en un sueldo mensual de doscientos diez pesos; mil trescientos setenta y dos pesos, por días feriados trabajados y no pagados; tres mil seiscientos sesenta y siete pesos, treinta y ocho centavos por horas extras diurnas (de 6 a 8 a. m.), y cinco mil ciento treinta y seis pesos, ochenta y seis centavos, por horas extras nocturnas (6 a 8 p. m.).

Dijo el demandante que la actora ingresó al servicio del Instituto el 23 de mayo de 1949 y se retiró el 20 de febrero de 1955; que su oficio fue el de despensera de la Clínica durante todo el tiempo; que su labor se extendía desde las seis de la mañana hasta las ocho de la noche; que trabajaba los domingos y se le daba descanso compensatorio el sábado, pero no se le remuneró el trabajo de los días feriados distintos, comprendidos en cinco años, ocho meses y veinticinco días, y que el sueldo mensual fue de sesenta pesos, mas la respectiva alimentación.

Se opuso la parte demandada a las pretensiones de la actora; negó los hechos principales del libelo y admitió que la señora Ordóñez trabajó inicialmente como aseadora de la Secretaría General; que el sueldo fue de cuarenta y cinco pesos y que el salario en especie le fue fijado posteriormente como trabajadora de la Clínica Santa Bárbara, con una adición de quince pesos mensuales y que como no se presentó oportunamente a reclamar sus prestaciones, el valor de éstas fue consignado en el Banco de la República, a la orden del Juzgado 1º del Trabajo de esta ciudad.

Tramitado el negocio, el Juzgado del conocimiento profirió sentencia, y en ella hizo, en el numeral primero, las siguientes condenaciones:

a) Ciento sesenta y nueve pesos, ochenta y cuatro centavos, por horas extras diurnas y nocturnas trabajadas en el año de 1949;

b) Once pesos con noventa centavos por días festivos laborados en el mismo año;

c) Ciento ochenta y dos pesos con cincuenta centavos por reajuste de salario mínimo;

d) Dieciséis pesos, sesenta y seis centavos por festivos laborados en 1950;

e) Doscientos sesenta y cuatro pesos, por horas extras trabajadas en el mismo año;

f) Mil trescientos cincuenta y dos pesos, sesenta y cuatro centavos por horas extras y festivos trabajados en 1951, 1952, 1953 y 1954;

g) Treinta y un pesos con cuarenta centavos

por horas extras y festivos trabajados en enero de 1955 y dos días de febrero del mismo año, y

h) Cuatrocientos cincuenta y ocho pesos, cincuenta y siete centavos, por cesantía.

Dispuso, además, en el numeral segundo, que se entregara a la demandante la suma de $ 427.29, consignada por el Instituto, y en el numeral cuarto condenó a éste en costas.

No conforme el demandado con el anterior fallo, interpuso el recurso de apelación para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad que revocó las condenaciones contenidas en los literales a) a g) del numeral 1º de dicho fallo; condenó a pagar la suma de ciento dos pesos, por festivos trabajados en el lapso comprendido entre el dos de enero de 1952 y el 11 de enero de 1955; modificó el literal h) del mismo numeral en el sentido de condenar al Instituto demandado al pago de la suma de cuatrocientos treinta y cinco pesos, con cincuenta centavos ($ 435.50) por concepto de cesantía, revocó el numeral segundo y en su lugar ordenó descontar de las cantidades anteriores la suma de $ 427.29, consignada por el Instituto de Seguros Sociales en favor de la parte actora e igualmente revocó la condenación sobre costas.

EL RECURSO

Contra esta sentencia se interpuso por el actor el recurso de casación. La Sala Laboral de la Corte Suprema, tramitado el asunto, pasa a decidirlo, mediante las siguientes breves consideraciones.

LA DEMANDA

Invocando la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, el recurrente formula un solo cargo.

Sostiene que el fallo acusado es violatorio de los artículos 1.602 del Código Civil y 55 del C. S. del T., por falta de aplicación, de los artículos 161 y 162, del último de los códigos mencionados, por indebida aplicación, a consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de algunas pruebas.

Al desarrollar la acusación únicamente menciona el contrato de trabajo que se refiere a las funciones de aseadora y para una jornada ordinaria de ocho horas, celebrado entre el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y la demandante, conforme a cuyas estipulaciones se ejecutó la labor de ésta, según afirma el recurrente, sin que valga la cláusula adicional en que se dice que la trabajadora queda obligada a prestar servicio durante doce (12) horas diarias y setenta y dos (72) horas semanales, por ser unilateral posterior a la fecha en que se suscribió el referido contrato y no haberlo consentido la actora. Agrega que se dio crédito al dicho de un declarante (que no señala) "siendo así que esta prueba tiene aplicación (sic) a falta de estipulación, es decir, cuando no existe contrato" Y termina diciendo que el fallo entendió que la demandante prestó servicios en un cargo de confianza, cuando ella no se hallaba nombrada para desempeñar un puesto de tal naturaleza.

El opositor observa que el documento a que se refiere el recurrente fue presentado por la parte demandada al contestar la demanda; que el Juzgado ordenó tenerlo como prueba; que habiendo obrado en los autos, no se le tachó de falso en el curso del proceso y, que, por tanto, tiene plena fuerza probatoria en todas y cada una de sus partes, incluída la cláusula adicional, según los artículos 606 y 637 del Código Judicial. Dice que el fallador en materia laboral no está sujeto a la tarifa legal de pruebas sino que goza de libertad en su apreciación, por lo cual pudo formar su convencimiento con el dicho de un solo declarante. Observa, además, que siendo de tracto sucesivo el contrato de trabajo está sujeto a modificaciones en el curso de su ejecución, que pueden o nó acordarse por escrito. Finalmente anota que en el caso de autos se demostró no sólo con la mencionada cláusula adicional sino también con las declaraciones de Delfina Vaquen y Dolores Forero viuda de Forero, y así lo admitió el Tribunal, que la demandante fue contratada en un principio como aseadora de la Secretaría General con determinado número de horas de trabajo y determinada remuneración, pero pasó luégo a ser empleada de confianza y manejo como despensera de la Clínica de Santa Bárbara, con mayor remuneración, pero excluída, por la naturaleza de su nueva labor, de la jornada máxima legal.

Se considera:

En primer lugar, el artículo 1.602 del Código Civil, que expresa que "todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales", no puede entenderse en el sentido de que el contrato de trabajo escrito es intocable, ya que, verbi gratia, si contiene cláusulas ineficaces, éstas no producen ningún efecto, o si

durante su ejecución se expiden normas de carácter obligatorio, ellas tienen aplicación inmediata desde cuando empiezan a regir, o si en virtud de acuerdo expreso o tácito de las partes la relación de trabajo ha tenido un desarrollo efectivo diferente del que se pactó en el contrato escrito, prevalece el "contrato realidad".

Por otra parte, dicho artículo y el 55 del Código Sustantivo Laboral, en que se establece que "el contrato de trabajo, como todos los contratos, debe ejecutarse de buena fé, y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por ley pertenecen a ella", son reglas de carácter general, inherentes a todos los contratos, y por tanto para que pueda demostrarse que han sido violadas en alguna forma, es preciso determinar, específicamente, la manera como ha ocurrido esa violación. En el presente caso, es insuficiente al respecto la simple indicación de la existencia de un contrato escrito, susceptible de modificaciones reales. Y menos eficaz aún es la alusión a una prueba testimonial, que ni siquiera aparece individualizada, y que por tanto no es posible examinar.

En cuanto a la pretendida infracción de los artículos 161 y 162 del Código Sustantivo del Trabajo, cabe observar además que el fallador fundó su convicción de que "la demandante mientras prestó servicios al Instituto demandado tuvo un cargo de confianza por lo cual estaba excluída de la regulación sobre jornada máxima normal de trabajo", en las declaraciones de Delfina Vaquen y Dolores viuda de Forero, quienes prestaron servicios en la misma Clínica en donde trabajaba aquélla. Y como estas pruebas no fueron desvirtuadas ni siquiera señaladas por el recurrente, resulta forzoso sostener este soporte del fallo.

Finalmente se anota que tratándose de un negocio que versa sobre varias cuestiones distintas a la relativa al pago del trabajo suplementario y habiéndose extendido el alcance de la impugnación a la totalidad del fallo acusado, el recurrente ha debido citar los textos que establecen las otras prestaciones reclamadas e indicar la forma de violación en que pudo haber incurrido la sentencia, con el lleno de las formalidades que exige la técnica de este recurso extraordinario de impugnación.

Como se ve, la demanda de casación es deficiente, y por consiguiente no puede prosperar.

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 materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alfonso Arango Henao—Luis Alberto Bravo—

Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SOCIEDAD DE HECHO Y CONTRATO DE TRABAJO. — LA BUENA FE EXONERA DE LA CONDENA A INDEMNIZACION POR MORA EN EL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., septiembre tres de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

Por medio de apoderado judicial EUSTORGIO CASTILLO CASTAÑEDA inició juicio ordinario laboral contra JOSE MARIA NAVA a fin de que por el procedimiento y trámite legal fuese éste condenado a pagar a favor de aquél las sumas que le correspondieran por concepto de cesantía, vacaciones, primas de servicios, dominicales y festivos, zapatos y overoles, la indemnización moratoria por el no pago oportuno de los salarios y prestaciones sociales causados en razón del tiempo servido, y las costas del juicio.

Hechos fundamentales del libelo fueron los siguientes:

"1º En virtud de contrato de trabajo, celebrado entre el señor José María Nava en calidad de patrono ,y el señor Eustorgio Castillo Castañeda como trabajador, éste entró a prestarle sus servicios en forma continua desde el 18 de febrero de 1941 hasta el 1º de noviembre de 1955.

"2º. Las labores desempeñadas por mi representado en su condición de subordinado, consistieron en las siguienes: cuidar de la hacienda de propiedad del demandado y dirigir los trabajos en su condición de administrador de la misma.

"3º En razón de sus servicios recibía mi patrocinado como salario, la suma de ciento cuarenta pesos mensuales durante los últimos años, que se establecen así: $ 6.00 semanales como salario en dinero; el pastaje de cinco cabezas de ganado mayor a razón de $ 5.00 cada una o sea la suma de $ 75.00 por mes; el pastaje de seis ovejas a $ 3.50 cada una, da la suma de $ 21.00 y el valor de la habitación que la estimo en la suma no inferior a $ 20.00 y que fue suministrada a Castillo durante todo el contrato de trabajo, tanto para él como para sus familiares.

"4º Con fecha doce de diciembre de 1955 y 19 del mismo mes y año, las partes en este negocio concurrieron a la Inspección Seccional del Trabajo de Zipaquirá, con el objeto de suscribir una conciliación respecto de sus diferencias de carácter laboral. Tan sólo respecto a las mejoras se llegó a conciliar, pero respecto a las demás pretensiones del trabajador fue imposible y es así como se dejaron establecidos los hechos entre las partes.

"5º No obstante que mi patrocinado en repetidas veces ha solicitado el pago de las prestaciones al señor Nava, ha sido imposible llegar a un acuerdo".

En derecho fueron citados los artículos 65, 306 a 308, 177, 249 y demás normas pertinentes del C. S. del T., y el procedimiento del Decreto 2.158 de 1948.

El demandado José María Nava al contestar también por intermedio de apoderado la anterior demanda, negó ser ciertos los hechos en que ella se funda, se opuso a todas y cada una de las peticiones y aclaró que entre él y el actor existió fue una especie de sociedad de hecho o "compañía", para decirlo en términos comunes del lenguaje rural, pero no contrato de trabajo. Propuso la excepción de cosa juzgada, por haberse conciliado todo lo referente a dicha "compañía"; también la excepción dilatoria de inepta demanda y las perentorias de prescripción, inexistencia de la obligación, incompetencia de jurisdicción y todas las que resultaran de los hechos probados en juicio y de las omisiones que haya en éste.

El Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá avocó el conocimiento del juicio y dirimió la controversia en fallo de fecha 21 de marzo de 1957, por medio del cual condenó a la parte demandada a pagar las sumas de $ 868.00 por concepto de cesantía: $ 434.00 por concepto de vacaciones: $ 310.00 por concepto de prima de servicios; diez pares de zapatos y diez overoles o su correspondiente valor, y las costas del juicio, y la absolvió de los demás cargos de la demanda.

Los procuradores judiciales de ambas partes recurrieron en apelación y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, en sentencia de 5 de diciembre de 1957 resolvió el

recurso de alzada en la siguiente forma: confirmó la condena por cesantía y las costas de primera instancia, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, declaró no probadas las demás excepciones perentorias propuestas por la parte demandada, absolvió a la misma de pagar lo concerniente al descanso dominical y días de fiesta nacional y religiosa, pero modificó lo relativo a las condenas por vacaciones y prima de servicios rebajándolas a las cantidades de $ 93.00 y $ 242.00, respectivamente, y ocho (8) pares de zapatos y ocho (8) overoles. También modificó lo referente a la absolución del **a-quo** en razón de los salarios por mora en el pago de las prestaciones sociales y en este sentido condenó al demandado a pagarlos desde el 1º de diciembre de 1955 hasta cuando se pagaran las sumas que por las diversas prestaciones sociales fueron reconocidas en dicho fallo. No se impusieron costas en la segunda instancia.

El mandatario judicial de la parte demandada ha recurrido en casación, recurso que al ser concedido por el **ad-quem** y admitido y tramitado por esta Superioridad, va a resolverse teniendo en cuenta el estudio previo de la demanda de casación y del escrito de oposición.

La demanda contiene tres cargos.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Manifiesta el recurrente: "Impugno la sentencia recurrida para que sea casada en cuanto, al declarar la existencia del contrato de trabajo, condena a mi mandante a pagarle al actor obligaciones por concepto de auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicio, zapatos y overoles; en cuanto condena a Nava a pagarle a Castillo "los salarios por mora en el pago de las prestaciones, comprendidos entre el 1º de diciembre de 1955 hasta el en que se paguen las sumas a que ha sido condenado"; en cuanto declara "no probadas las demás excepciones perentorias propuestas por la parte demandada", que fueron las de inexistencia de la obligación, incompetencia de jurisdicción, etc., por no existir contrato de trabajo, como se propusieron en la contestación de la demanda, en que se niegan los hechos de ésta, orientados a establecer tal contrato; y en cuanto confirma la condenación en costas de mi mandante en primera instancia".

PRIMER CARGO

Acusa el recurrente la sentencia de segunda instancia de ser violatoria de la ley, por aplicación indebida. En su sentir, el fallador de segundo grado incurrió en manifiesto error de hecho cuando dio por establecida la prueba de la relación laboral, al interpretar las siguientes probanzas: Actas sentadas en la Inspección del Trabajo de Zipaquirá y posiciones absueltas tanto por el demandado José María Nava como por el demandante Eustorgio Castillo Castañeda, todas visibles en el cuaderno principal.

A juicio del recurrente, las pruebas antes singularizadas fueron indebidamente apreciadas por el **ad-quem**, pues su recta interpretación debe conducir a la conclusión de que entre las partes en litigio no existió contrato de trabajo, de conformidad con lo sostenido constantemente por el demandado.

Se considera:

Ante la impugnación anterior es conveniente observar que no sólo el Tribunal sino también el Juzgado del conocimiento se inclinaron en favor de la tesis de la existencia del vínculo jurídico-laboral; y sabido es que en el procedimiento del trabajo el juzgador disfruta de una gran amplitud en la valoración de las pruebas que forman su convencimiento. De tal manera que, ya en casación, para que prospere el ataque de la estimación probatoria hecha por el fallador de instancia, se requiere que el error de apreciación surja de modo ostensible y manifiesto. Dentro de este orden de ideas, hay que tener en cuenta que el sentenciador dedujo el contrato de trabajo de una serie de circunstancias operantes en el juicio. Se pueden mencionar, entre otras, las siguientes:

a) El reconocimiento por parte de Nava de que, al lado de la "compañía" pactada con Castillo para la siembra de sementeras en la finca de propiedad del primero, Castillo tenía labores de vigilancia que cumplir respecto de ganados ajenos a dicha compañía, y, también en relación con toda la finca, mediante el pago por parte de Nava, de una contraprestación en dinero de seis pesos ($ 6.00) semanales y, en especie (habitación y pastaje de cinco cabezas de ganado).

b) Las afirmaciones del preguntante hechas en las posiciones absueltas por Castillo para provocar la confesión de éste que, como se sabe, constituyen verdaderas confesiones del que pregunta, pue sasí lo tiene establecido la jurisprudencia (G. J., número 1.895 B, página 140), y lo comparten tratadistas como el doctor Antonio Rocha ("De la Prueba en Derecho". U. Nacional

de Colombia, 1949, páginas 93 y 94). Véase cómo se produjo dicha confesión en el caso de autos:

Dice la pregunta CUARTA de las posiciones interrogadas por NAVA a su demandante Castillo, la cual corre visible al folio 31 del cuaderno principal: "Diga el absolvente si es o no cierto que él, aunque era responsable de la vigilancia y cuidado de los animales que eran de propiedad de Nava y a lo cual se refiere la demanda que el absolvente ha instaurado y que ha dado lugar a este juicio, podía dejar el cuidado y la vigilancia de los animales a cargo de otra persona, como su señora esposa, pero bajo la responsabilidad del absolvente? (Subraya la Corte).

De la transcripción anterior se entiende que Castillo tenía instrucciones recibidas de Nava, según las cuales, cuando el primero tuviera que hacer diligencias fuera de la finca, tenía que dejar en su reemplazo una persona de su confianza, tal como la esposa, pero siempre bajo la responsabilidad de Castillo, todo lo cual indica la subordinación de éste respecto de su patrono.

De tenor semejante a la pregunta Cuarta, antes transcrita, es la Quinta del pliego de posiciones propuesto por Nava a Castillo.

c) Obran además, en el expediente, las respuestas dadas por Nava, en posiciones, que refuerzan notablemene la deducción del Tribunal sobre existencia del contrato de trabajo. En este sentido, se aprecian contestaciones como éstas: "No es cierto y aclaro, estuvo como socio y además vigilaba de la finca en los ratos que le quedaban libres" (Subraya la Sala) (folio 20). "No es cierto. Aclaro que yo le pagaba $ 24.00 mensuales, incluyendo los dominicales y demás festividades". (Folio 20); "No es cierto, y aclaro, como dije en mi respuesta a la pregunta anterior (2ª) solamente atendía de la finca en el rato que le quedaba libre de atender los cultivos de la sociedad". (Folio 20).

Como se ve, el sentenciador tuvo diferentes elementos de juicio para elaborar su inferencia sobre la realidad del contrato laboral. Y no se crea que por estar de por medio el contrato de "compañía", aceptado por las partes, resultaba inusitado deducir también contrato de trabajo entre los mismos contendientes, pues esta situación la aclara suficientemente el artículo 25 del C. S. del T., que permite la concurrencia de dicho tipo contractual con otro u otros contratos.

Por lo visto, la Sala no encuentra configurado el evidente error de valoración probatoria señalado por el recurrente.

En consecuencia, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

También se acusa la sentencia recurrida de ser violatoria de la ley por aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Afirma el recurrente que el fallador de segunda instancia al dejar de apreciar ciertas pruebas, le dio aplicación al precepto citado, no obstante la buena fé de su patrocinado, la cual fue reconocida por el demadante al folio 32 del cuaderno principal.

Agrega que la sanción aplicada de pagar salarios caídos no se compadece con la buena fé del demandado; ni con el hecho indiscutible de que el **thema probandum** del juicio ha sido la existencia de la relación jurídico-laboral; o también que el demandado ofreció ante el Inspector del Trabajo de Zipaquirá, entregar al demandante Castillo a título gratuito la suma de $ 800.00 moneda corriente; y, además, que la obligación de pagar o consignar lo que se confiese deber no corre para el que con razones valederas estima no deber nada.

Se considera:

En verdad la Sala no encuentra establecido que el demandado hubiera procedido con mala fé en su posición negativa respecto de la existencia del contrato de trabajo. Por el contrario, estima que procesalmente su conducta indica que obró de buena fé y por motivos de duda razonable sobre la realidad del vínculo laboral. Esto lo demuestra el acuerdo amistoso a que llegaron Nava y Castillo en lo relativo al contrato de "compañía" que entre ellos existió y que constituía el vínculo jurídico de mayor importancia entre los dos. Se aprecia, además, el ofrecimiento conciliatorio de Nava, hecho en la citada Inspección, en el sentido de reconocerle a Castillo la cantidad de $ 800.00 para resolver sus peticiones de índole laboral, no obstante la imprecisión que ofrecía el carácter de trabajador dependiente en el caso especial de Castillo.

Se ve, pues, que la acusación del libelista está bien orientada y que se ha configurado el error de estimación probatoria que anota.

Por lo mismo, el cargo prospera.

Como el tercer cargo persigue la misma finalidad del que se deja examinado, la Sala se abs-

tiene de considerarlo, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 538 del Código Judicial, aplicable por analogía a los juicios del trabajo.

* * *

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, de fecha 5 de diciembre de 1957, en lo relativo a la condena que por salarios por mora en el pago de las prestaciones sociales se hace en la parte resolutiva de la misma, y, en su lugar, CONFIRMA la absolución hecha por el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá sobre esta materia en el ordinal tercero (3º) de la parte resolutiva de su fallo fechado el 21 de marzo de 1957. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en este recurso.

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

Alfonso Arango Henao—Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RESOLUCION DE LOS CONTRATOS EN DERECHO CIVIL Y LABORAL. — CLAUSULA DE RESERVA

El Código Civil, en su artículo 1.546, regula en términos generales el derecho legal de resolución para los contratos bilaterales. Esta norma consagra la llamada condición resolutoria tácita, que suple o interpreta la voluntad de las partes. De acuerdo con el derecho civil, la facultad de resolver un contrato puede ser también convencional, cuando se funda en la voluntad expresa de los contratantes. Esta reserva expresa del derecho de resolución es la que se conoce en la doctrina como lex commisoria expresa o pacto comisorio que obra de pleno derecho. En cambio, la condición resolutoria tácita del Derecho Civil, teniendo el carácter de una medida de ejecución, se produce con intervención del Juez, porque la ley sólo autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido lo pactado, o se allanó a cumplirlo dentro del plazo y modo estipulado, contra el contratante moroso. Por otro aspecto, la norma civil a que se ha hecho referencia, otorga a los contratantes una acción alternativa, bien para el cumplimieno del contrato o para su resolución, a la cual subordina la de perjuicios, provenientes del incumplimiento; las dos primeras con el carácter de principales y como accesoria de cualquiera de ellas, la última.

En el derecho laboral colombiano también ocurre el evento de la resolución de los contratos por inejecución o incumplimiento ya que el de trabajo es un contrato bilateral o sinalagmático y dentro de la interdependencia de las obligaciones nacidas del mismo sería contrario a la lógica y a la equidad que una de las partes fuese colmada de derechos mientras la otra sufriera carencia de ellos. Esa facultad resolutoria igualmente puede operar, como en derecho civil. por causas legales o convencionales. Sinembargo, dada la especial naturaleza del contrato de trabajo, su resolución, por cualquier causa, está sujeta a limitaciones y modalidades propias, más acordes con las que caracterizan el derecho del trabajo, por el que se gobiernan las relaciones de esta clase.

En efecto, dentro de este Derecho no opera en su plenitud y como ocurre en el campo del derecho civil, el principio de la libertad contractual, sino que, por el contrario, partiendo de la desigualdad económica que se supone existir entre empleadores y trabajadores, el legislador, para buscar el equilibrio y la igualdad jurídica, establece un conjunto de obligaciones y prohibiciones que restringen ese principio, y que tienden a garantizar los derechos mínimos de la parte que se considera más débil.

De esta suerte, la condición resolutoria expresa no podría tener eficacia jurídica para producir, de pleno derecho, la resolución del contrato de trabajo en el caso de incumplimiento de obligaciones que, aunque pactadas por las partes, tiendan a desconocer los derechos y prerrogativas establecidos en beneficio del trabajador, o que sean contrarias a las prohibiciones que en favor del mismo establece la ley laboral, conforme a los principios consagrados por los artículos 13 y 14 del C. S. del T.

Igual fenómeno limitativo ocurre respecto al derecho legal de resolución consignado en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, al reglamentar el contrato de trabajo. En efecto, esta disposición no consagró el derecho optativo que contempla el inciso 2º del artículo 1.546 del Código Civil, es decir, no impuso al acreedor la obligación de decidirse por una de las acciones alternativas que otorga a los contratantes esta norma, porque esa parte de la disposición civil, no fue reproducida por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Por tanto, no es posible entender que, dentro de la reglamentación del contrato de trabajo, el derecho legal de resolución siga regulado en la forma y términos establecidos por el derecho civl, pues, de lo contrario, sobraría la regla especial contenida en el artículo 64

mencionado, el cual simplemente estatuye que el incumplimiento de lo pactado lleva consigo la resolución del contrato con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable.

Dentro del campo civil, se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales que consagra el inciso segundo del artículo 1.546 del Código Civil, para que pueda realizarse el objeto de la acción resolutoria, que tiene por finalidad desligar a las partes de sus obligaciones, terminando, disolviendo o destruyendo el contrato.

Esta tesis doctrinaria y jurisprudencial tiene su fundamento racional y jurídico en el hecho de que en materia civil las obligaciones sólo pueden extinguirse por alguno de los modos establecidos por el artículo 1.625 del Código Civil, entre los cuales se cuenta el evento de la condición resolutoria; pero esta disposición no acepta ni consagra como tal, la voluntad o decisión de una sola de las partes, para terminarlas.

En cambio las obligaciones que surgen del contrato de trabajo, referentes a su ejecución, se extinguen, además, por los modos especiales que determina el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual contempla la decisión unilateral en los casos de los artículos 48, 62 y 63 ibídem, esto es, que cada contratante puede disolver el contrato, independientemente de la voluntad del otro contratante o de cualquier incumplimiento, como ocurre cuando se pacta y ejercita la cláusula de reserva, o también a virtud de una causa especial y justa, que de no existir, dá lugar a la indemnización de perjuicios.

Ocurre sí, que el legislador previendo las consecuencias de una decisión unilateral de poner fin inesperadamente al contrato de trabajo, ha impuesto limitaciones, no propiamente al derecho mismo, sino al tiempo, modo y circunstancias en que puede ejercitarse, y ha regulado sus efectos, según que su ejercicio se acomode o nó, a las normas vigentes. Si el derecho se actúa legalmente, sus efectos no acarrean consecuencias sancionables; si por el contrario, su ejercicio no se ajusta a la ley, sus efectos son de sanción, que se traducen en la obligación de indemnizar perjuicios.

El patrono que despide a un trabajador sin ejercitar legalmente la reserva pactada, o sin causa justificada, incumple el contrato; como el trabajador despedido no tiene acción de cumplimiento (excepto en los casos de fuero sindical y maternidad) se ve forzado a aceptar la decisión decretada por el patrono que no cumple su obligación de conservarlo en su empleo, es decir, de proporcionarle el trabajo para que pueda operar el contrato respectivo, pero reclama contra el despido ilegal y expresa su inconformidad con él, mediante el ejercicio de la acción que le otorga la ley para obtener el pago de la indemnización correspondiente, que se debe por el hecho mismo del incumplimiento. El despido asume así el carácter de un acto unilateral destinado a poner fin a la relación contractual de trabajo, que por no sujetarse a las condiciones y formas previstas por la ley, trae como consecuencia la sanción indemnizatoria de perjuicios. Esta interpretación, está no sólo acorde con la doctrina, sino que tiene, además, su fundamento en la ley, pues el artículo 298 del C. S. del T., acepta la posibilidad de esta terminación unilateral, cuando estatuye: "A la terminación del contrato de trabajo cesa la obligación del seguro, salvo en los casos siguientes: a) Si el contrato termina por despido injusto..."

El derecho del trabajo quiere reglas sencillas y una interpretación natural de los textos legales, para que se cumpla su finalidad, que es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y obreros, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

Conforme a este criterio que orienta al Código Sustantivo del Trabajo, no es errado estimar, que en las relaciones de trabajo subordinado no puede aplicarse la misma tesis jurisprudencial, válida en materia civil, ya que en ellas se acepta y establece la decisión unilateral como un modo idóneo para terminar el contrato de trabajo. De esta suerte, si en materia civil la declaración judicial de haber acaecido el evento de la condición resolutoria tácita, como presupuesto para la reclamación de perjuicios, tiene por finalidad disolver el vínculo ju-

rídico que ligaba a las partes contratantes, y ese objetivo —el de terminación— ya se ha realizado en el contrato de trabajo mediante la decisión unilateral del patrono que efectúa el despido del trabajador, no es indispensable que se demande y produzca judicialmente la declaratoria de resolución, de lo que ya aparece terminado o disuelto, para obtener la indemnización de perjuicios que acarrea el incumplimiento del contrato. En síntesis, en el contrato de trabajo, cuando el incumplimiento de lo pactado consiste en un acto unilateral, o en un hecho de los previstos en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, suficientes, por sí mismos, para terminar la relación jurídica existente, la simple declaración o reconocimiento judicial de que alguna de las partes ha incurrido en incumplimiento, conduce al decreto indemnizador de los perjuicios establecidos por la ley, sin que sea necesaria la declaración alternativa que consagra el inciso segundo del artículo 1.546 del Código Civil y que propugna la jurisprudencia en materia civil.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintidós de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

El señor Alfonso Herrera Hurtado, por medio de apoderado, demandó, en juicio ordinario laboral, a la "Compañía Panameña de Aviación S. A. (COPA)", persona jurídica con domicilio en la ciudad de Panamá, República del mismo nombre, para que se la condenase a pagarle cesantía, prima de servicios, indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, la indemnización por los llamados salarios caídos y por las costas del juicio; solicitó que las condenas se hiciesen en moneda extranjera, BALBOAS, por ser ésta la moneda estipulada en el contrato.

Como hechos, relató los siguientes:

1º Que trabajó al servicio de la sociedad demandada, como su representante especial para Colombia, en Bogotá, desde el 1º de enero de 1957 hasta el 1º de agosto del mismo año, devengando un salario mensual de ciento setenta y cinco balboas (B/. 175.00); 2º Que durante todo el tiempo que estuvo a su servicio la demandada le pagó su remuneración o salario en balboas; 3º Que la Compañía dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo a partir del 12 de agosto de 1957, sin causa legal; 4º. Que no se celebró contrato escrito de trabajo. Agregó que la demandada no le ha pagado prima de servicios, ni cesantía, ni cumplió lo pactado, al dar por terminado unilateralmente y sin causa legal, el contrato de trabajo.

En derecho invocó los artículos 249, 306, 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como también los artículos 2º, 9º, 14, 22, 23, 24, 49 y 57 ibídem; artículos 593 y siguientes del Código Judicial; artículo 2º del Decreto 243 de 1951 y artículos 2º, 5º, 20, 25, 42, 51, 75 y concordantes del C. de P. L.

La demandada, por medio de apoderado constituído al efecto, se opuso a la demanda; aceptó los dos primeros hechos, negó el tercero manifestando que sí hubo causa legal justificativa para terminar el contrato y propuso las excepciones que denominó de "inexistencia de la obligación, incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de la personería, inepta demanda, cobro de lo nó debido y las demás que el Juez estimare conducentes".

El Juez Cuarto del Trabajo de Bogotá, a quien correspondió el conocimiento del negocio, con fecha 22 de abril de 1958, profirió sentencia y condenó a la demandada al pago de las sumas que se relacionan en seguida, así:

"a) CIENTO DOS CON CINCUENTA Y SIETE (B/. 102.57) BALBOAS, por concepto de cesantía;

"b) OCHENTA Y SIETE BALBOAS CINCUENTA (B/. 87.50), por concepto de prima de servicios;

"c) OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE SESENTA Y SIETE BALBOAS (B/. 869.17 —sic—), por concepto de presuntivo; y

"d) MIL CIENTO CATORCE DIEZ Y SIETE BALBOAS (B/. 1.114.17), por concepto de salarios caídos.

"Es entendido que de la suma a que ascienden las condenas anteriores deben DEDUCIRSE las cantidades de B/. 40.81 balboas y U.S.$ 350, recibidas por la parte demandante".

Declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas por la demanda y la condenó al pago de costas.

La compañía demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juez de Trabajo, para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, entidad que por sentencia proferida el 28 de mayo de 1958, por mayoría de votos, la confirmó y condenó en

costas al apelante, en la segunda instancia. Salvó su voto el Magistrado doctor Valencia Arango, en cuanto a la condena de indemnización de perjuicios por lucro cesante, por las razones que consigna en el salvamento respectivo.

El apoderado de la compañía Panameña de Aviación, interpuso oportunamente el recurso de casación, el que le fue concedido por el Seccional. Admitido y tramitado en legal forma, la Corte procede a decidirlo teniendo en cuenta la demanda de casación y el escrito de oposición.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación. Persigue se case parcialmente la sentencia del Tribunal, para que la Corte convertida en Tribunal de instancia revoque las condenas por lucro cesante, salarios caídos y costas de las instancias. Con base en la causal 1ª del artículo 87 del C. P. T. formula dos cargos que se estudian, en su orden.

Primer cargo. Acusa la sentencia de violar en forma indirecta, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida a causa de error evidente de hecho, "al dejar de apreciar la prueba plena y documental que obra al folio 41 del expediente y que contiene una declaración suscrita en Panamá por el demandante Alfonso Herrera, documento que fue reconocido en el juicio por quien lo suscribe".

Transcribe una parte del fallo en lo relacionado con el análisis de los llamados salarios caídos y manifiesta que la norma invocada prevé el caso de que si no hay acuerdo respecto al monto de la deuda por prestaciones y salarios, el patrono cumple con sus obligaciones laborales consignando la suma que confiese deber, pero que esa norma no prohibe que directamente entre las partes se haga el pago de las prestaciones y salarios o de lo que se confiese deber, que fue precisamente lo que aconteció entre "COPA" y el señor Herrera: que la empresa, de muy buena fe. creyó que con el pago de los B/. 40.81 quedaba a paz y salvo con el representante en Colombia señor Herrera, y que así lo declaró éste expresamente, al firmar el documento que señala como dejado de apreciar por el Tribunal. Que muy distinta es la posición del demandante frente a ese documento, ya que habiendo sido el representante de una compañía extranjera, estaba en la obligación moral de hacerles caer en cuenta de que la ley aplicable era la colombiana y que, además, debió reclamar personal y directamente sus derechos, en cuyo caso le habrían sido satisfechos en oportunidad. Que la consignación hecha en febrero de 1958 fue verificada por la compañía cuando se dio cuenta de que sus obligaciones con el demandante se regían por la ley colombiana, pero que ello no desvirtúa en forma alguna el contenido del recibo del folio 41 dejado de apreciar por el sentenciador; que el recibo firmado por el demandante el mismo día de la terminación de su contrato, está indicando que hubo acuerdo entre las partes, motivo por el cual la empresa no estaba obligada a hacer consignación alguna, pues, el mismo ex-empleado, estaba afirmándole a la compañía que se encontraba a paz y salvo y sin ninguna reclamación que formular. Que la manifiesta mala fe con que procedió el actor, es suficiente para exonerar a la compañía por salarios caídos.

Por su parte, el opositor manifiesta que en el caso sub-judice no existe el error de hecho que menciona el cargo y mucho menos con la característica de evidente. Que el Tribunal sí apreció y valoró la prueba que el recurrente pretende se dejó de considerar; que además de esta prueba tuvo en cuenta otras que no señala el recurrente y termina haciendo algunas consideraciones sobre la mala fe con que procedió la demandada.

Se considera.

El recurrente estima que el Tribunal incurrió en grave error de hecho como consecuencia de no haber apreciado el documento que obra al folio 41 del expediente y que consiste en una constancia suscrita en la ciudad de Panamá, por el demandante Alfonso Herrera, con fecha 1º de agosto de 1957, en la que expresa que ha dejado de prestar sus servicios como representante especial de la Compañía demandada, en Bogotá, y agrega: "Por este concepto he recibido de dicha compañía la suma de B/. 40.81 equivalente a una semana de preaviso según se estipula en el Código de Trabajo y no tengo ningún otro reclamo contra la Compañía Panameñana de Aviación S. A.".

Empero, la realidad procesal es bien distinta a lo afirmado por el recurrente, pues el sentenciador de segunda instancia sí tuvo en cuenta el referido documento, cuando en su fallo consignó: "El trabajador recibió según lo reconoce al absolver posiciones la suma de B/. 40.81 Balboas por concepto de una semana de preaviso y como consta en el documento presentado por la demandada y que aparece al folio 41 del expe-

diente, pero tal cantidad resulta incompleta de acuerdo con lo expuesto anteriormente porque en lugar de una semana ha debido ser de un mes tal valor para ajustarse a lo dispuesto en las normas citadas anteriormente". Más adelante agrega: "Lo pagado por la empresa por concepto de preaviso se descontará de la condena por lucro cesante..."

Si de acuerdo con la forma como el recurrente desarrolla el cargo, se considerase que quiso referirse a una errónea apreciación por parte del sentenciador del documento que obra al folio 41, tampoco resulta demostrado el error que contempla la acusación, ni menos un error evidente de hecho que es el requerido por la ley para que pueda quebrantarse el fallo impugnado. En efecto, del contenido claro y nítido de la referida constancia suscrita por el domandante, que en lo pertinente se ha transcrito antes, sólo aparece acreditado que la compañía demandada pagó al demandante, al tiempo de su despido, la suma de 40.81 Balboas, valor correspondiente al preaviso de una semana. En él no consta el pago del auxilio de cesantía ni el de las otras prestaciones a que tenía derecho el demandante. El hecho de que en este documento exprese éste que "no tengo ningún otro reclamo contra la Compañía Panameña de Aviación S. A.", no puede interpretarse ni entenderse como una renuncia a los derechos que le garantiza el Código Sustantivo del Trabajo Colombiano por el que se regula la relación contractual conforme al artículo 2º de la obra citada; ni de existir tal renuncia sería válida; ni implica confesión de haber recibido el valor correspondiente a su cesantía y prima de servicios, ni que la Compañía estuviese a paz y salvo con él por concepto de tales prestaciones. Por tanto. no prospera el cargo.

Segundo cargo. Acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 64 del C. S. del T. por interpretación errónea de la misma disposición.

Para fundamenarlo, expresa que "la argumentación sostenida en el salvamento de voto del Magistrado Valencia Arango es de tal naturaleza convincente para llegar a la conclusión clara y terminante de que la condenación por lucro cesante contenida en la sentencia acusada no podía prosperar porque tal petición no se podía hacer sino como consecuencia de la acción principal sobre resolución del contrato tal como lo establece el artículo 64 ya citado. Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en reiteradas jurisprudencias cuando afirma que no se puede sostener que cuando se demandan perjuicios por incumplimiento de un contrato unilateral sin pedir conjuntamente la resolución de dicho contrato, la acción es legal". Termina manifestando que se interpretó erróneamente la norma citada, al condenar a la Compañía a pagar indemnización de perjuicios por ruptura unilateral del contrato, sin invocar primero la declaratoria de la condición resolutoria tácita que va envuelta en todo contrato bilateral.

El opositor manifiesta que si es verdad que en el contrato de trabajo, como en todo contrato bilateral, va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, también es evidente que en el de trabajo, que es de tracto sucesivo, no opera la libertad de pedir o elegir una de las dos soluciones que consagra el artículo 1.546 del Código Civil, precisamente porque no se puede perseverar en el cumplimiento de lo que ya se incumplió y no se quiere cumplir. Que en los contratos de tracto sucesivo, no existe propiamente la figura jurídica de la resolución, sino el de la resiliación; que aquélla se produce o nace a la vida jurídica mediante providencia judicial o estipulación contractual que la declare; que la última no requiere esa declaración judicial o contractual previa, sino que se origina de un hecho; concluye de ahí, el que no sea necesario, en juicio laboral, solicitar la resolución del contrato para obtener el pago de la indemnización por incumplimiento de lo pactado. Termina haciendo consideraciones sobre el particular para fundamentar su oposición a que prospere el cargo.

Se considera:

El Código Civil, en su artículo 1.546, regula en términos generales el derecho legal de resolución para los contratos bilaterales. Esta norma consagra la llamada condición resolutoria tácita, que suple o interpreta la voluntad de las partes. De acuerdo con el derecho civil, la facultad de resolver un contrato puede ser también convencional, cuando se funda en la voluntad expresa de los contratantes. Esta reserva expresa del derecho de resolución es la que se conoce en la doctrina como lex commisoria expresa o pacto commisorio, que obra de pleno derecho. En cambio, la condición resolutoria tácita del Derecho Civil, teniendo el carácter de una medida de ejecución, se produce con intervención del Juez, porque la ley sólo autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido lo pactado, o se allanó a cumplirlo dentro del plazo y modo

estipulados, contra el contratante moroso. Por otro aspecto, la norma civil a que se ha hecho referencia, otorga a los contratantes una acción alternativa, bien para el cumplimiento del contrato o para su resolución, a la cual subordina la de perjuicios, provenientes del incumplimiento; las dos primeras con el carácter de principales y como accesoria de cualquiera de ellas, la última.

En el derecho laboral colombiano también ocurre el evento de la resolución de los contratos por inejecución o incumplimiento ya que el de trabajo es un contrato bilateral o sinalagmático y dentro de la interdependencia de las obligaciones nacidas del mismo sería contrario a la lógica y a la equidad que una de las partes fuese colmada de derechos mientras la otra sufriera carencia de ellos. Esa facultad resolutoria igualmente puede operar, como en derecho civil, por causas legales o convencionales Sinembargo, dada la especial naturaleza del contrato de trabajo, su resolución, por cualquier causa, está sujeta a limitaciones y modalidades propias, más acordes con las que caracterizan al derecho del trabajo, por el que se gobiernan las relaciones de esta clase.

En efecto, dentro de este Derecho no opera en su plenitud y como ocurre en el campo del derecho civil, el principio de la libertad contractual, sino que, por el contrario, partiendo de la desigualdad económica que se supone existir entre empleadores y trabajadores, el legislador, para buscar el equilibrio y la igualdad jurídica, establece un conjunto de obligaciones y prohibiciones que restringen ese principio, y que tienden a garantizar los derechos mínimos de la parte que se considera más débil.

De esta suerte, la condición resolutoria expresa no podría tener eficacia jurídica para producir, de pleno derecho, la resolución del contrato de trabajo en el caso de incumplimiento de obligaciones que, aunque pactadas por las partes, tiendan a desconocer los derechos y prerrogativas establecidas en beneficio del trabajador, o que sean contrarias a las prohibiciones que en favor del mismo establece la ley laboral, conforme a los principios consagrados por los artículos 13 y 14 del C. S. del T.

Igual fenómeno limitativo ocurre respecto al derecho legal de resolución consignado en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, al reglamentar el contrato de trabajo. En efecto, esta disposición no consagró el derecho optativo que contempla el inciso 2º del artículo 1.546 del Código Civil, es decir, no impuso al acreedor la obligación de decidirse por una de las acciones alternativas que otorga a los contratantes esta norma, porque esa parte de la disposición civil, no fue reproducida por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Por tanto, no es posible entender que, dentro de la reglamentación del contrato de trabajo, el derecho legal de resolución siga regulado en la forma y términos establecidos por el derecho civil, pues, de lo contrario, sobraría la regla especial contenida en el artículo 64 mencionado, el cual simplemente estatuye que el incumplimiento de lo pactado lleva consigo la resolución del contrato con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable.

Dentro del campo civil, se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales que consagra el inciso segundo del artículo 1.546 del Código Civil, para que pueda realizarse el objeto de la acción resolutoria, que tiene por finalidad desligar a las partes de sus obligaciones, terminando, disolviendo o destruyendo el contrato.

Esta tesis doctrinaria y jurisprudencial tiene su fundamento racional y jurídico en el hecho de que en materia civil las obligaciones sólo pueden extinguirse por alguno de los modos establecidos por el artículo 1.625 del Código Civil, entre los cuales se cuenta el evento de la condición resolutoria; pero esta disposición no acepta ni consagra como tal, la voluntad o decisión de una sola de las partes, para terminarlas.

En cambio, las obligaciones que surgen del contrato de trabajo, referentes a su ejecución, se extinguen, además, por los modos especiales que determina el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual contempla la decisión unilateral en los casos de los artículos 48, 62 y 63 ibídem, esto es, que cada contratante pueda disolver el contrato, independientemente de la voluntad del otro contratante o de cualquier incumplimiento, como ocurre cuando se pacta y ejercita la cláusula de reserva, o también a virtud de una causa especial y justa, que de no existir, dá lugar a la indemnización de perjuicios.

Ocurre sí, que el legislador previendo las consecuencias de una decisión unilateral de poner fin inesperadamente al contrato de trabajo, ha impuesto limitaciones, no propiamente al derecho mismo, sino al tiempo, modo y circunstancias en que puede ejercitarse, y ha regulado sus efec-

tos, según que su ejercicio se acomode o nó, a las normas vigentes. Si el derecho se actúa legalmente, sus efectos no acarrean consecuencias sancionables; si por el contrario, su ejercicio no se ajusta a la ley, sus efectos son de sanción, que se traducen en la obligación de indemnizar perjuicios.

El patrono que despide a un trabajador sin ejercitar legalmente la reserva pactada, o sin causa justificada, incumple el contrato; como el trabajador despedido no tiene acción de cumplimiento (excepto en los casos de fuero sindical y maternidad) se ve forzado a aceptar la decisión decretada por el patrono que no cumple su obligación de conservarlo en su empleo, es decir, de proporcionarle el trabajo para que pueda operar el contrato respectivo, pero reclama contra el despido ilegal y expresa su inconformidad con él, mediante el ejercicio de la acción que le otorga la ley para obtener el pago de la indemnización correspondiente, que se debe por el hecho mismo del incumplimiento. El despido asume así el carácter de un acto unilateral destinado a poner fin a la relación contractual de trabajo, que por no sujetarse a las condiciones y formas previstas por la ley, trae como consecuencia la sanción indemnizatoria de perjuicios. Esta interpretación, está no sólo acorde con la doctrina, sino que tiene, además, su fundamento en al ley, pues el artículo 298 del Código Sustantivo del Trabajo, acepta la posibilidad de esta terminación unilateral, cuando estatuye: "A la terminación del contrato de trabajo cesa la obligación del seguro, salvo en los casos siguientes: a) Si el contrato termina por despido injusto..."

El derecho del trabajo quiere reglas sencillas y una interpretación natural de los textos legales, para que se cumpla su finalidad, que es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y obreros, dentro de un espíritu de cordinación económica y equilibrio social.

Conforme a este criterio, que orienta al Código Sustantivo del Trabajo, no es errado estimar, como ocurre en el caso sub-judice, que en las relaciones de trabajo subordinado no pueda aplicarse la misma tesis jurisprudencial, válida en materia civil, ya que en ellas se acepta y establece la decisión unilateral como un modo idóneo para terminar el contrato de trabajo. De esta suerte, si en materia civil la declaración judicial de haber acaecido el evento de la condición resolutoria tácita, como presupuesto para la reclamación de perjuicios, tiene por finalidad disolver el vínculo jurídico que ligaba a las partes contratantes, y ese objetivo —el de terminación— ya se ha realizado en el contrato de trabajo mediante la decisión unilateral del patrono que efectúa el despido del trabajador, no es indispensable que se demande y produzca judicialmente la declaratoria de resolución, de lo que ya aparece terminado o disuelto, para obtener la indemnización de perjuicios que acarrea el incumplimiento del contrato. En síntesis, en el contrato de trabajo, cuando el incumplimiento de lo pactado consiste en un acto unilateral, o en un hecho de los previstos en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo suficientes, por sí mismos, para terminar la relación jurídica existente, la simple declaración o reconocimiento judicial de que alguna de las partes ha incurrido en incumplimiento, conduce al decreto indemnizador de los perjuicios establecidos por la ley, sin que sea necesaria la declaración alternativa que consagra el inciso segundo del artículo 1.546 del Código Civil y que propugna la jurisprudencia en materia civil.

Bastan las anteriores consideraciones, para que la Sala no encuentre demostrada la violación por errónea interpretación del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo que contempla el cargo y por lo tanto, éste no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia 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.

Alfonso Arango Henao—Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

JUSTA CAUSA DE DESPIDO CONSISTENTE EN DAÑOS CAUSADOS CULPOSAMENTE A LOS ELEMENTOS DE TRABAJO. — EL PAGO GRACIOSO DE PRESTACIONES SOCIALES NO INDUCE NECESARIAMENTE BUENA FE PATRONAL.—INTERPRETACION ERRONEA Y VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

1.—Si el intérprete de la ley en su aplicación entendiera una u otra cosa, y su pensamiento al respecto no estuviera ajustado al verdadero sentido legal, simplemente caería en una interpretación errónea de la ley, y de allí que no se pueda confundir el fenómeno, so pena de pecar por falta de técnica procesal. De acuerdo con principios de doctrina, y según tesis sostenida por esta Superioridad, la infracción directa de la ley "tiene lugar cuando a un hecho que no se discute o que está debidamente comprobado se deja de aplicar la disposición pertinente, o se aplica a un hecho inexistente, contrariando el texto de la ley". (Casación de 29 de septiembre de 1952).

2.—El actor creyó de manera imprudente que con su conducta no se ocasionarían consecuencias dañosas para los instrumentos de la empresa, y eso es lo que se entiende de las declaraciones ya mencionadas. Fue su proceder evidentemente culposo y terco, y de esa su negligencia grave precisamente surgió el desperfecto económico. Esto haría creer que su caso no es el contemplado por el ordinal 4º del artículo 62 citado por el recurrente, puesto que allí se dice que para que haya lugar a justo despido del trabajador ha de causar éste INTENCIONALMENTE daños a obras, edificios o materias primas y demás instrumentos relacionados con el trabajo. Pero dicho ordinal hay que tomarlo en su integridad. El caso es que termina hablando de "toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas." De la compaginación de las dos partes en que el ordinal está dividido, ha de buscarse la interpretación más adecuada con el espíritu de seguridad y buena fe que debe inspirar el cumplimiento de los contratos en nuestra legislación laboral. Si toda negligencia o conducta descuidada que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas revela en el empleado un estado de ánimo que puede ser aducido como pretexto válido por el empleador para dar por canceladas unilateralmente sus obligaciones contractuales, el daño ocasionado culposamente a esas mismas personas o cosas, que implica un paso material más allá del simple peligro inminente, necesariamente ha de tenerse también como justo motivo de despido, si es que se quiere adoptar una línea consecuente de interpretación de la norma legal.

3.—No será posible admitir que porque se hubiera pagado dadivosamente una cesantía, a la cual la empresa demandada no estaba obligada legalmente, la buena fe hubiera quedado demostrada con ese hecho, porque bien podía suceder que se hubiera pagado una cesantía y se hubieran negado al mismo tiempo, sin motivo justificativo, prestaciones de creación y obligación legal, en cuyo evento la mala fe estaría de manifiesto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Arango Henao)

Ante el Juzgado Unico del Trabajo de Montería, Juan José Obredor Redondo promovió, por intermedio de apoderado, acción laboral ordinaria contra la empresa Muñoz y Salazar y Cía. Ltda., con domicilio en Bogotá y negocios en esa ciudad, para que fuese condenada a pagarle el valor de dos domingos trabajados, de 48 horas extradiurnas, de cesantía correspondiente a 23 días, del término faltante del plazo presuntivo del contrato de trabajo, y de la indemnización por falta de pago o salarios caídos.

Según los hechos de la demanda, el actor celebró contrato verbal de trabajo con la demandada

el día 3 de septiembre de 1955 como operador de pala martinete en la obra del puente de Montería, con un sueldo de $ 600.00 mensuales. Trabajó hasta el 23 del mismo mes, 48 horas extradiurnas. El 26 del mes susodicho, el ingeniero doctor Jenaro Suárez, autorizado por su jefe el doctor Manuel Muñoz lo despidió, liquidándole prestaciones a razón de $ 14.00 diarios. Le faltaban 5 meses y 7 días para completar el plazo presuntivo que se cumplía el 3 de marzo de 1956. Trabajó dos domingos sin que se le hubiera dado descanso compensatorio doble, ni se le hubiera pagado el valor de esos días de descanso obligatorio.

La empresa dio contestación a la demanda aceptando haber contratado los servicios del demandante para manejar la pala martinete en los trabajos del puente de Montería. Negó que se le debieran 48 horas de trabajo extradiurno. Afirmó que el ingeniero doctor Jenaro Suárez "despidió al demandante por haber ejecutado graves daños en la máquina a su cuidado". Al demandante se le pagaron las prestaciones sociales en la oportunidad debida. No es cierto que se le estuviese debiendo el valor de lo faltante para la terminación del plazo presuntivo; el trabajo del actor, además, no era permanente. Tampoco es cierto que Obredor trabajara dos domingos sin la correspondiente remuneración.

El litigio fue desatado por el juez mediante sentencia que absolvió a la demandada de todos los cargos contra ella formulados.

La parte demandante apeló de este fallo. En sentencia de veintiuno de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, el Tribunal Seccional del Trabajo de Montería revocó la de primera instancia y condenó a la empresa a pagar al actor la suma de $ 138.12 por concepto de dos dominicales y horas extras diurnas, y a la costas a la parte vencida.

Tuvo la providencia como fundamento el que el doctor Jenaro Suárez en su declaración aceptó que Obredor trabajó los domingos y horas extradiurnas señalados, y sin que hubiera explicado si le fue o no reconocido el valor de ese trabajo al actor. Creyó por eso mismo el sentenciador que era consecuente condenar al pago de esas prestaciones. El demandante interpuso recurso de casación.

Alcance de la impugnación

"Aspira a que la Honorable Corte infirme parcialmente el fallo de segunda instancia, revoque el de primera y, en su lugar, decida:

a) Confirmar los puntos segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, adicionando el tercero con la condena en costas en la primera instancia; y

b) Condenar a la sociedad demandada al pago de los salarios faltantes del plazo presuntivo y a la indemnización moratoria".

Primer cargo.

Formula la acusación por violación de ley sustantiva y por errores de hecho a causa de la mala estimación de la prueba testimonial, y la sustenta así:

a) Violación por aplicación indebida del artículo 58, numeral 3º del Código Sustantivo del Trabajo.

Para justificar el despido, la empresa le atribuye al demandante el hecho de haber ejecutado graves daños en la máquina puesta a su cuidado. El Tribunal da por probado este hecho y afirma que le es aplicable el numeral 3º del artículo 58 del Código. De ser cierto que Obredor hubiera causado daño intencional a la máquina, el precepto violado hubiera sido el 4º del artículo 62 que contempla el evento específico, no el que se deja inserto, que no ha sido invocado como causal de despido.

b) Error de hecho por mala apreciación de pruebas, y consiguiente violación de ley sustantiva. Fueron mal estimadas todas las pruebas testimoniales aportadas al juicio, a saber:

I) Las declaraciones de los testigos Méndez y Escobar. Para el Tribunal Seccional, con esas declaraciones y las de los testigos Juan José Mendoza (f. 20), Jesús Morelo (f. 21), Lamberto Martínez (f. 22) y Jenaro Suárez (f. 23) se demostró una justa causal de despido, consistente en el daño causado por el demandante a la máquina bajo su cuidado. Sin embargo, al referirse el Tribunal a los primeros testigos mencionados, desecha sus testimonios porque los considera sin "fuerza convictiva". Luego incurrió en contradicción al decir que los dos testimonios sin "fuerza convictiva" serían no obstante para probar el motivo de despido alegado por la empresa. El testimonio de Escobar fue rechazado porque al Seccional le parece desconcertante que hubiera observado que la máquina sí estaba dañada como lo dice el testigo Méndez, y la declaración de éste, porque no es un técnico en mecánica, sino un simple jornalero.

Por la índole de sus funciones, Escobar estaba obligado a permanecer en el sitio de trabajo, por lo que su dicho es más atendible. Lo que el tes-

tigo dice, además, es que no tiene conocimiento de que el actor hubiera dañado la máquina, lo cual no es lo mismo que afirmar que no estaba dañada, como lo entiende el fallador. Para saber si una máquina está o no dañada "basta la simple observación personal y la aplicación del sentido de la vista". Por eso no era desechable el testimonio de Jesús Esteban Méndez. Rectamente interpretadas las declaraciones de los anteriores testigos, el sentenciador hubiera inferido la ilegalidad e injusticia en el despido del actor.

II) Las declaraciones de los testigos Juan José Mendoza, Jesús Morelo, Lamberto Martínez y Jenaro Suárez.

Con los testimonios rendidos de una y otra parte, encuentra probado el fallador que el demandante dañó la máquina por terquedad o imprudencia en su manejo, sin tener en consideración que quienes imputan el daño a Obredor no presenciaron el hecho sino que lo supieron de oídas, por simples referencias. Por consiguiente, incidió el Tribunal en manifiesto error de hecho al dar por demostrado, no estándolo, que Obredor Redondo fue el autor del daño a la máquina.

III) Nuevo quebranto del artículo 62, numeral 4º del Código Sustantivo del Trabajo.

Da por establecido el Tribunal que Obredor causó daño a la máquina por imprudencia y terquedad, y en tal virtud aplica la regla mencionada. El referido texto legal establece una causal de despido en los siguientes términos: "Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas.....".

El daño material a las máquinas debe ser **intencional** (subraya el recurrente). Luego no basta el simple daño material para que se configure la causal de despido. Toda máquina con el uso natural se desgasta, se inutiliza. La prueba testimonial habla de simple daño material a la pala martinete, sin que se le impute al autor dolo en su ejecución. Por tanto, resulta indebida la aplicación del texto legal, así como del numeral 8º del nombrado artículo 62. Ahora, si el pensamiento del Tribunal fue el de que la imprudencia y terquedad bastan, con el daño material, como justificación de despido, viola por errónea interpretación el numeral 4º del artículo citado. Y si entiende que es suficiente el daño material, sin la intención de causarlo, infringe directamente la misma previsión legal.

El apoderado de la demandada presentó escrito de oposición para sostener la tesis de que el Tribunal, haciendo uso de la amplia autonomía de apreciación probatoria que la ley le concede, encuentra justificado el despido del trabajador, no solamente con arreglo a lo dispuesto por el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, sino también con base en los numerales 4º y 8º del artículo 62 de la misma obra. Las pruebas demuestran por sobre todo la intención del actor de causar daños en la máquina. Jesús Morelo, ayudante en el manejo de la pala martinete, afirma que a pesar de habérsele advertido a aquél el peligro que corría la máquina por la mala instalación del dínamo de carga, insistió en hacerlo, y el daño se produjo. Ello prueba que éste fue previsto y querido por el actor. El artículo 58, numeral 3º, no deja de tener aplicabilidad al caso, porque manda al trabajador **conservar** en buen estado los instrumentos o útiles del patrono. En el caso presente no sólo no cumplió el actor con esta obligación, sino que de manera deliberada y prevista causó el daño. Por esta razón no podía dejar de aplicarse la norma legal. La apreciación de las pruebas que hace el Tribunal no es contraria a la realidad procesal. Su manera de razonar sobre los testimonios de Méndez y Escobar no es defectuosa para demostrar hechos en favor de la demandada, y, en parte, sin fuerza convictiva para probar hechos de la demanda, porque dentro de la libre estimación de pruebas sin sujeción a tarifa legal "puede perfectamente aceptar una parte y desechar otra cuando tiene la debida concatenación con el resto de pruebas del juicio".

Se considera:

El primero de los apartes en que se divide el cargo contiene la acusación contra la providencia del Seccional de incurrir en aplicación indebida del numeral 3º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, según el recurrente, no era esta disposición aplicable al caso de autos, sino el numeral 4º del artículo 62 que fue el verdaderamente infringido y posteriormente invocado como causal de despido. El referido numeral del artículo 58 contiene como obligación expresa del trabajador "conservar y restituir en buen estado, salvo el deterioro natural, los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados y las materias primas sobrantes". En el caso de la referencia, el Seccional halló plenamente comprobado que el trabajador demandante causó graves daños a una máquina o instrumento puesto bajo su cuidado. Es claro pues que el trabajador no sólo no con-

servó en buen estado los implementos que para el cumplimiento de su labor le había confiado la empresa, estando a ello obligado legalmente, sino que obró de manera que perjudicó notoriamente su correcto funcionamiento. La disposición legal sí fue pues infringida por el demandante, como también las disposiciones mencionadas del art. 62 del mismo estatuto laboral. Así lo creyó el sentenciador de segundo grado, expresándolo claramente en su providencia. No es por consiguiente aceptable el razonamiento del recurrente.

El aparte segundo del cargo imputa al sentenciador el haber incurrido en contradicción por considerar sin suficiente fuerza convictiva los testimonios del actor en cuanto a la prueba de su inocencia en los desperfectos que sufrió la pala martinete, para luego considerarlos como eficaces para demostrar que el actor sí incurrió en justa causal de despido. Del examen atento de la providencia recurrida, en lo concerniente a este punto, se deduce que no fue esa la actuación del Tribunal, y que éste desechó esos testimonios en todas sus conclusiones. Consideró aparte las declaraciones de los señores Méndez y Escobar, solicitadas en el proceso por el demandante, de las rendidas por los demás testigos, aquellos pedidos por la demandada. Los primeros no infundieron ninguna credibilidad en el ánimo del juzgador, pues los consideró éste por demás dudosos, no dándoles en consecuencia ningún valor convictivo. Aquí terminó el juez una etapa de su valoración, bara proceder en seguida al análisis de los testigos de la contraparte. Fue de esas piezas de la prueba testimonial, y sólo de esas, como llegó a convencerse de que fue el trabajador quien con su imprudencia causó graves daños a la máquina confiada a su cuidado y dirección. No existió por lo tanto la contradicción que le anota el recurrente, como tampoco, se observa en forma ostensible, una "defectuosa manera de razonar".

José Esteban Méndez acepta que la máquina sufrió efectivamente daños, pero asegura que se produjeron como consecuencia de su desgaste natural, toda vez que era sumamente vieja y deficiente. No puede en realidad calificarse a priori que el testigo necesitara o no ciertos conocimientos de mecánica, para dar crédito a lo que afirma. Dependería de las circunstancias. Esta Sala entiende que bien podía aquella máquina desarreglarse en un momento dado por circunstancias enteramente normales, como por efectos de desgaste, y manifestarse ese hecho notoriamente sin que para su comprobación fueran exigibles especiales dotes o conocimientos mecánicos. Como podía también suceder que un daño en su funcionamiento necesitara de singulares aptitudes para saber si se produjeron por simples fallas inherentes a su funcionamiento mismo, o pudieran ser imputables a circunstancias externas como la intervención del hombre. No es por eso aceptable la posición categórica asumida por el Tribunal en el sentido de que la declaración de Méndez "no tiene mérito alguno para el caso, puesto que el deponente no es un técnico en mecánica ni conocedor de esos oficios, sino un jornalero profesional". No obstante, ello no puede ser pretexto para quebrantar su fallo, como se desprende del estudio que más adelante se hará de otros elementos de la prueba.

Cornelio Escobar Rojas, en su calidad de celador de los trabajos de la empresa, afirma que no ha tenido conocimiento de que Obredor Redondo causara daños a la máquina y que el nuevo mecánico puso ésta inmediatamente a andar. El sentido de la declaración es que aquella no sufrió ningún desperfecto, ni por circunstancias provenientes de sí misma, ni por intervención de fuerza extraña alguna. Evidentemente resulta curioso que siendo el declarante celador permanente de las obras que se realizan, no tuviera conocimiento de lo que el señor Méndez había reconocido como cierto. No hay duda de que por ello su dicho se presenta sobremanera dudoso. Así le pareció al juez, y en verdad que no incurrió por ello en ostensible error de hecho.

El Tribunal creyó que era del caso aceptar en la conducta del trabajador una justa causal de despido, pues así lo evidenciaban algunas declaraciones, diferentes de las ya analizadas. Dio especial importancia a las afirmaciones de Jesús Morelo Ruiz y Jenaro Suárez Aragón, por ser el primero ayudante del actor y Suárez antiguo empleado del mismo, ya que esas calidades personales de los declarantes otorgaban una mayor credibilidad y veracidad a sus dichos. Era el primero ayudante del actor, y afirma haber advertido a éste del daño que podría ocurrir del mal acondicionamiento de la dínamo de carga, tal como lo estaba realizando en su presencia el actor. El segundo fue ingeniero empleador del señor Obredor Redondo, y sostiene categóricamente que la empresa se vio obligada a su despido por las justas causas mencionadas. De entre todas las declaraciones rendidas en el juicio, siendo la mayoría por demás ambiguas y dudosas, el Seccional halló que los dichos de aquellos permitían es-

tablecer la verdad de las razones aducidas por la empresa, y procedió a fallar en consecuencia. Para la Sala el juicio estuvo acertado. El Juzgador llegó a la conclusión, haciendo uso de una apreciación racional de todo el haz probatorio, de que debían ser acogidas las razones de la demandada. Las declaraciones de Morelo y de Suárez, sobre las cuales, como ya se ha visto, puso especial énfasis el sentenciador, no contienen una imprecisión manifiesta que obligue a quebrantar el fallo por ostensible error de hecho. Su decisión, pues, debe mantenerse.

En el aparte tercero el recurrente, a un mismo fenómeno, la justificación del despido, le atribuye violación por indebida aplicación y por interpretación errónea del numeral 4º del artículo 62, si se dijere que basta para incurrir en el caso que se contempla a consecuencia del simple daño material, para decir luego que si se considerare que basta con negligencia y daño material para su violación, esa violación ocurriría en forma directa. Si el intérprete de la ley en su aplicación entendiera la una o la otra cosa, y su pensamiento al respecto no estuviera ajustado al verdadero sentido legal, simplemente caería en una interpretación errónea de la ley, y de allí que no se pueda confundir el fenómeno, so pena de pecar por falta de técnica procesal como ocurre con el cargo del recurrente. De acuerdo con principios de doctrina, y según tesis sostenida por esta Superioridad, la infracción directa de la ley "tiene lugar cuando a un hecho que no se discute o que está debidamente comprobado se deja de aplicar la disposición pertinente, o se aplica a un hecho inexistente, contrariando el texto de la ley" (casación de 29 de septiembre de 1952). Es el caso que el juez ad-quem no dejó de aplicar la disposición, pues más bien la interpretó en sentido distinto del adoptado por el recurrente, ni la aplicó a hecho inexistente, como aparece claro de la relación procesal.

En realidad de verdad no puede decirse que el daño material causado por Obredor Redondo a la pala martinete que la embresa empleadora había encomendado a su cuidado, hubiera sido por él previsto y querido, para de allí deducir por tanto que se configuraron los dos elementos que constituyen la figura de la intención. El actor creyó de manera imprudente que con su conducta no se ocasionarían consecuencias dañosas para los instrumentos de la empresa, y eso es lo que se entiende de las declaraciones ya mencionadas. Fue su proceder evidentemente culposo y terco, y de esa su negligencia grave precisamente surgió el desperfecto mecánico. Esto haría creer que su caso no es el contemplado por el ordinal 4º del artículo 62 citado por el recurrente, puesto que allí se dice que para que haya lugar a justo despido del trabajador ha de causar éste **intencionalmente** daños a obras, edificios o materias primas y demás instrumentos relacionados con el trabajo. Pero dicho ordinal hay que tomarlo en su integridad. El caso es que termina hablando de "toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas". De la compaginación de los dos apartes en que el ordinal está dividido, ha de buscarse la interpretación más adecuada con el espíritu de seguridad y buena fe que debe inspirar el cumplimiento de los contratos en nuestra legislación laboral. Si toda negligencia o conducta descuidada que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas revela en el empleado un estado de ánimo que puede ser aducido como pretexto válido por el empleador para dar por canceladas unilateralmente sus obligaciones contractuales, el daño ocasionado culposamente a esas mismas personas o cosas, que implica un paso material más allá del simple peligro inminente, necesariamente ha de tenerse también como justo motivo de despido, si es que se quiere adoptar una línea consecuente de interpretación de la norma legal. El solo hecho de proceder el actor a la colocación de la dínamo de carga en la forma en que fuera advertido que causaría un desarreglo mecánico, y como tuvo que haberlo previsto, es una grave negligencia que ponía en peligro la seguridad de ese implemento de trabajo, y por lo tanto ya de por sí estaba colocado en situación de ser despedido por causas justificativas. De ahí pues que no estuvo indebidamente aplicado el ordinal 4º del artículo 62, ni en su interpretación el fallador incurrió en contradicción manifiesta con su sentido natural y legal. El cargo no prospera.

Segundo cargo.

Dice el recurrente que para negar la condena a la indemnización por mora en el pago de las prestaciones, el Tribunal razona en el sentido de que si el patrono no consignó el valor de los dos dominicales y el de las cuarenta y ocho horas extradiurnas, "es posible que se deba a que pudo haberlas pagado, pero por no haber constancia procesal ninguna de su satisfacción, el Tribunal ha tenido que reconocerlas", y que no actuó el em-

pleador de mala fe, puesto que reconoció al actor un auxilio de cesantía a que éste no tenía derecho. Jenaro Suárez, representante de la empresa, y que intervino en la celebración del contrato dice que el actor trabajó en dos días de descanso obligatorio remunerado, y cuarenta y ocho horas extradiurnas. El demandado no ha probaho que pagó al trabajador lo que le correspondía por los conceptos anotados, ni ha expresado que entre las partes hubiera habido desacuerdo sobre el monto de lo debido, ni que hubiera hecho consignación judicial del importe de las deudas. Para aplicar el artículo 65, basta, con que el empleador haya dejado una sola prestación insoluta, y al que quiera librarse del mandato legal, sea en caso de desacuerdo sobre el monto de la deuda o que el trabajador se niegue a recibir, le queda el camino de la consignación judicial. Violó el Tribunal por eso, de modo directo, por no haberlo aplicado, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

La parte opositora sostiene que la conducta patronal acerca de la indemnización moratoria es clara, pues a pesar de haber sufrido perjuicios manifiestos, le pagó al actor auxilio de cesantía el mismo día en que fue despedido. No hubo renuencia al pago de esa prestación, ni mala fe. El juzgado, además, dejó la constancia de que la empresa por conducto de Suárez Aragón exhibió sus libros y los puso a disposición del Juzgado para que sobre ellos se practicasen todas las diligencias conducentes. Pero sobre tales documentos no se practicó ninguna inspección que permitiera concluír que los domingos y las horas extras no fueron canceladas. Solamente de esa manera estaría demostrada la mala fe del patrono. Hay que concluír, por tanto, que a Obredor le fueron pagados esos valores conjuntamente con sus salarios, o sea que la empresa no obró de mala fe porque pagó lo que creía deberle al empleado.

Se considera:

La Corte desde luego no acepta las escasas argumentaciones del Tribunal que actuó como juez ad-quem en el presente caso, y en relación con los salarios caídos demandados por el señor apoderado de Obredor Redondo, pues no será posible admitir que porque se hubiera pagado dadivosamente una cesantía, a la cual la empresa demandada no estaba obligada legalmente, la buena fe hubiera quedado demostrada con ese hecho. Mas en el caso de autos bien podía suceder que se hubiera pagado una cesantía y se hubieran negado al mismo tiempo, sin motivo justificativo, prestaciones de creación y obligación legal, en cuyo evento la mala fe estaría de manifiesto. Mas en el caso de autos no se encuentra esa noción, pues, si el sentenciador ha reconocido que la empresa Muñoz y Salazar, bien pudo haber pagado esas prestaciones, pero que por falta de prueba de ello dentro del proceso la condena a pagarlas equivalen a establecer y afirmar que no hubo una conducta equívoca que descubra una intención torcida en el comportamiento de la empleadora.

Los razonamientos del sentenciador al proceder a la condena por dominicales y horas extradiurnas, excluyen la existencia de la mala fe por parte de la empresa patronal. El ad-quem profirió un fallo que favoreció las pretensiones del demandante en cuanto a las prestaciones por horas extras y por dominicales, considerando que la falta de prueba de su pago en los autos, obligaba al juzgador a condenar al pago de las mismas. El elemento mala fe, que en casos como éste debe aparecer evidente, quedó eliminado de la conducta patronal.

Sobre la solución dada por el Tribunal, y únicamente sobre ella, debe basarse el estudio de la sentencia en este momento procesal. El juzgador de la segunda instancia encontró que la conducta de la empresa empleadora había sido correcta y para ello argumentó en la parte motiva del fallo que se revisa. Un análisis absolutamente libre de los procederes subsiguientes a la terminación del contrato de trabajo en materia de prestaciones sociales por parte de la empresa Muñoz y Salazar, abarcaría necesariamente el saber si efectivamente fueron o no reconocidas por ella las prestaciones sobre dominicales y horas extradiurnas, y en tal análisis no puede adentrarse la Sala, pues, estaría obrando fuera de su competencia que se reduce concretamente a los cargos formulados por el recurrente.

El proceso intelectivo que movió al fallador a pronunciarse en el sentido que lo hizo, reconoció en el ánimo de los dirigentes de la empresa demandada, la existencia de una recta intención o buena fe. Y la Sala no puede ocuparse del estudio de las pruebas que obran en autos, debido a que el cargo formulado es por violación "de modo directo". La libre apreciación de esas pruebas llevó al convencimiento del juzgador que, ciñéndose estrictamente a los autos, debía condenar al pago de esas prestaciones y por ello condenó. Pero esa misma libre apreciación de pruebas le dio el

convencimiento de que la empresa había obrado de buena fe y que por lo mismo no era susceptible de recibir la sanción estipulada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

La noción de buena fe está opuesta a la falta de sinceridad y a la malicia. El criterio del fallador, en su fuero íntimo, es la única pauta existente para hacer la distinción en un caso concreto. La buena fe, por regla general se presume, y sólo puede desvirtuarse mediante pruebas fehacientes. De allí que el sentenciador deba fundamentar siempre la mala fe en hechos que estén perfectamente esclarecidos dentro del proceso, capaces de infundir en su ánimo ese concepto.

Teniendo en cuenta el artículo 61 del C. de P. L. y lo anotado, es bien claro que el cargo no puede prosperar.

En atención a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia que ha sido objeto del presente recurso y proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Montería el veintiuno de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alfonso Arango Henao — Luis Alberto Bravo— Roberto de Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PRESENTACION DE PRUEBAS EN INSPECCIONES OCULARES U OTRAS DILIGENCIAS CUANDO NO HAN SIDO PEDIDAS EN LA OPORTUNIDAD LEGAL Y SE REFIEREN A HECHOS DISTINTOS DE LOS QUE SON OBJETO DE LA DILIGENCIA. — INTERPRETACION DEL ART. 597 DEL CODIGO JUDICIAL

Son la igualdad de oportunidades y de medios entre las partes y la lealtad que en el debate recíprocamente se deben y que deben al Juez, que excluyen los recursos sorpresivos y los procederes imprevistos como instrumentos procesales de ataque o de defensa, los principios en que generalmente se inspira el sistema probatorio, y en especial el artículo 597 del código de la materia. Su inobservancia en la organización y en la aplicación de los procedimientos alteraría ese equilibrio entre los contendientes que es condición sine qua non para que puedan conducir a soluciones de equidad. Por eso la doctrina ha sido constante en condicionar la estimación legal de la prueba a la existencia de una providencia que la admita y le reconozca aquella calidad, a fin de procurar a los litigantes la oportunidad de impugnarla por cualquiera de los medios que establece la ley.

De ahí también que además de las oportunidades y formas que para la aducción de pruebas previenen los artículos 597, 630 y 636 del mismo Código, el artículo 752 disponga: "Cuando se decreta alguna prueba en los tres últimos días del primer período, o después de vencido, puede la parte contraria solicitar dentro de los tres días siguientes al de la notificación del auto que las decreta, la práctica de las que tenga a bien respecto de los mismos hechos". Es que habiendo lugar a distinguir entre la prueba principal como puede ser denominada la suficiente prima facie, esto es, la suficiente salvo prueba en contrario, y su invalidación mediante la prueba en contra que puede aportar el adversario, lo que constituye el derecho de contraprobar que se reconoce a las partes, no sería razonable que decretada una prueba cuando ya aquél a quien perjudica se encuentra procesalmente imposibilitado para obtener la invalidación, se le niegue una oportunidad adicional para que pueda hacerlo. Ello violaría el principio de igualdad que es fundamental en el proceso.

Pues bien ,aducida en una diligencia una prueba relativa a hecho distinto del a que la diligencia se refiere, la parte contra quien se presente podría verse privada del derecho de contraprobar debido a la preclusión del primer período que prevé el artículo 746 y tampoco ser el caso contemplado en el 752. Por este motivo, en uno de los pasos de la sentencia de 24 de julio de 1954, la Sala de Casación Civil hubo de reconocer que cuando la prueba se aduce en una inspección ocular, la parte a quien se opone tiene menos garantías para contraprobar que cuando se trata de la aducción directa en el término probatorio, esto es, que lleva una desventaja; y como observa Wach, "la desventaja procesal de una parte es la ventaja del adversario. La desventaja es siempre la consecuencia de una emisión o de una actuación procesal defectuosa, y, por eso, perjudicial". (El Juez y las partes).

Esta restricción de la garantía probatoria de una de las partes pone de manifiesto, en cuanto destruye la igualdad que en el debate debe conservarse entre ellas, la dificultad de admitir la procedencia de aducir indiscriminadamente pruebas en inspecciones oculares u otras diligencias, sin que hayan mediado instancia y aceptación, cuando se trata de juicio en el cual se ha previsto una oportunidad distinta para producirlas, como es el caso del ordinario. La disposición del artículo 597, que es de carácter general, tiene por objeto relacionar todos los casos en que en los distintos procedimientos hay lugar a presentación de pruebas por las partes, sin atender a las peculiares modalidades de cada proceso, y si en el numeral 2º menciona las "inspecciones u otras diligencias", es porque habiendo procedimien-

tos en los cuales no se ha previsto un período probatorio especial, las pruebas deben ser presentadas en ellas, como acontece, por ejemplo, en el deslinde y en el verbal; y además, porque es obvio que en las inspecciones oculares puede ser conveniente producir pruebas relacionadas con los hechos que son materia del reconocimiento judicial, aunque no, como se viene expresando, con otros distintos. Así lo enseña abundante jurisprudencia de la Corte, reiterada, en lo que al último punto se refiere, en el fallo de 3 de julio de 1954, en el que expuso la Sala Civil de Casación: "Como acertadamente lo asienta el Tribunal, si en el acto de la diligencia de una inspección ocular puede el Juez hacer una investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos que juzgue necesario para ilustrarse, conforme al artículo 728 del Código Judicial, tales hechos 'son aquellos a que se contrae la diligencia de inspección ocular y no otros, pues de lo contrario quedarían burladas las estrictas normas sobre términos probatorios', como documentos privados, instrumentos públicos, partidas de estado civil y muchas otras que en ocasiones ni siquiera pudieron ser presentadas dentro de los términos legales, algo propio para privar a la contraparte del empleo de los medios de que goza dentro de la tramitación legal para hacer la defensa de sus derechos, lo que equivaldría, según la sentencia acusada, 'a aceptar como correctas situaciones sorpresivas'... No obra en contra de lo dicho lo dispuesto en el artículo 597 del Código Judicial, el cual ordena que 'para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso: ... 2º Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes...', porque esto debe entenderse de los elementos allegados a ellas regularmente, dado que la inspección ocular es un acto de mero reconocimiento de los hechos o cosas **que se tengan a la vista, con o sin intervención de peritos y testigos, no para acreditar cosas de otra índole" (G. J. LXXVIII, 15. El subrayado de la Sala de Casación Civil).**

Esto no obsta, por supuesto, para que cuando la prueba ingresa a los autos por admisión expresa en auto ejecutoriado deba ser apreciada en la sentencia según el mérito que la ley le asigna, aunque haya sido producida en una inspección ocular sin petición formulada en oportunidad, pues que, a pesar de tal irregularidad, la preclusión del término para interponer recursos y la consiguiente ejecutoria otorgan a la parte que presentó la prueba la ventaja que ella implica, por ser la aducción de pruebas acto de los llamados de adquisición procesal, **"que se enderezan a poner a disposición del Juez los elementos lógicos y físicos que ha menester para decidir la litis", y haberse consumado dicha adquisición con la ejecutoria de la providencia que creó la situación procesal correspondiente. Y no puede ser de otro modo, porque, a más de que el sistema del Código se inspira en el principio de la eventualidad, la falta de impugnación o reclamo oportuno hace suponer la aquiescencia de la parte a que la prueba perjudica.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto primero de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

En el municipio de Fredonia, departamento de Antioquia, se halla ubicada la hacienda "La Floresta", de propiedad de las señoritas Tulia y Sofía Uribe Muñoz. Dicha hacienda está atravesada de norte a sur por la línea del ferrocarril de Antioquia, en su segunda división, kilómetro 65. Esta empresa es propietaria de una faja de terreno de cuatro cuadras y cuatro décimas de cuadra en aquel lugar. Las aguas de la quebrada "La Muñeca", de las que se sirve la hacienda, la atraviesan de oriente a occidente y cruzan la línea férrea. Desde cuando se construyó el ferrocarril, hace más de treinta años, se ejecutaron las obras necesarias para encauzar las aguas de esa corriente en el mencionado cruce, sin que nunca hubiera habido necesidad de hacer reparación alguna, hasta que, a fines de 1953, los ingenieros del ferrocarril consideraron que debían realizarse nuevas obras, e iniciaron los trabajos, continuándolos en 1954. Valiéndose de potentes máquinas profundizaron el cauce de la quebrada, tanto en la parte superior de la línea como en la inferior. Los ingenieros no verificaron, sin embargo, los estudios técnicos de la topografía del terreno y de su composición geológica, especial-

mente en la parte superior o alta de la montaña, y debido a la profundidad alcanzada por el cauce en un trayecto de consideración se produjo una gran "cuelga" de la corriente que arrastró los materiales de la parte alta hasta donde se ejecutaban las obras, llegando hasta cubrir la propia línea del ferrocarril e impidiendo el paso de los trenes. La empresa ordenó inmediatamente los trabajos de despeje y limpieza de la vía, empleando una pala que extraía los materiales estancados y los arrojaba sobre la misma corriente, en la parte inferior de la carrilera, con lo cual se formaron tupias que la potencia de las aguas rompía luégo en forma de "bombazos", arrollándolo todo y descargándose, fuera de la zona del ferrocarril, sobre los cultivos y obras de la hacienda, produciendo daños graves, como la destrucción completa de árboles de café en producción, la de la carretera que de la vía principal conducía a la casa de habitación de la finca, la inutilización por tres semanas de las aguas de que ésta se servía, el deterioro de varias edificaciones, la destrucción de los caminos de herradura, y "los sufrimientos de orden moral que soportaron las propietarias al presenciar la destrucción injusta de su patrimonio".

Tales son los hechos relatados en el libelo de demanda que ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín presentó el apoderado de las señoritas Sofía y Tulia Uribe Muñoz, que sirven de fundamentación fáctica a la petición de que en la sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera.** Que las obras ejecutadas por el ferrocarril de Antioquia en el kilómetro sesenta y cinco de la segunda división, sobre el cauce del riachuelo "La Muñeca", en el año próximo pasado, y los trabajos de limpieza y despeje de la vía férrea en el punto citado, con motivo de los derrumbes qua la cuelga de la corriente provocara, hechos ocurridos en el mes de noviembre del año citado, ocasionaron graves perjuicios en la hacienda "La Floresta", de propiedad de las hermanas Uribe Muñoz".

"**Segunda.** Que la empresa denominada Ferrocarril de Antioquia, de propiedad del Departamento, répresentada por el señor Gobernador Brigadier General Pioquinto Rengifo, es responsable civilmente de los daños y perjuicios que tales obras y trabajos causaron en la propiedad de que se ha venido hablando".

"**Tercera.** Que, en consecuencia, el Ferrocarril de Antioquia queda obligado a pagar a mis poderdantes, por iguales partes, la cantidad de dinero en que se estime el valor de los daños y perjuicios, a juicio de expertos designados al efecto, ocasionados por los motivos expuestos en la finca "La Floresta".

La acción se estima en suma mayor de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) moneda corriente, y se apoya en los artículos 2.341, 2.347, 2.356 y 1.613 del Código Civil.

Con la demanda se presentaron los siguientes documentos: a) Copia simple de la escritura pública 2.411 de 25 de agosto de 1944, de la Notaría Tercera de Medellín, que contiene el contrato de compraventa celebrado entre Ricardo Escobar Uribe y Sofía y Tulia Uribe Muñoz; b) Copia del acta de posesión del coronel Pioquinto Rengifo del cargo de Gobernador de Antioquia; y c) El poder conferido por las demandantes al doctor Gabriel Pérez Roldán para adelantar el juicio.

La contestación dada a la demanda por el señor Gobernador del Departamento de Antioquia niega la casi totalidad de los hechos. "El Departamento de Antioquia —dice el Gobernador— en su empresa del ferrocarril, es extraño a los perjuicios que pudo haber sufrido la finca de los demandantes; no hubo descuido ni imprudencia en sus obras y en cambio gran diligencia en las que construyó con el fin de evitar perjuicios a la hacienda 'La Floresta' y al Ferrocarril". Se opone, además, a las declaraciones pedidas, y propone, finalmente, las excepciones de **ilegitimidad de la personería substantiva** de la parte actora y de la demandada, **inexistencia de la obligación, compensación y pago**, y la general a que se refiere el artículo 329 del Código Judicial.

Se acompaña, además, un plano de la zona afectada por los derrumbes de la quebrada "'La Floresta".

* * *

En demanda de reconvención formulada oportunamente, el señor Gobernador de Antioquia, por su parte, expone los siguientes hechos:

En el mes de septiembre de 1953 ocurrió un derrumbe en las cabeceras de la quebrada "La Muñeca", muy arriba de la línea del ferrocarril, en la finca "La Floresta", de propiedad de las señoritas Sofía y Tulia Uribe Muñoz. A causa de fuertes aguaceros el derrumbe fue arrastrando por la quebrada, que por sus grandes crecientes depositó en la bocatoma del acueducto de que se servía la mencionada hacienda gran

cantidad de arena, cascajo, tierra y lodo, hasta el punto de inhabilitar el acueducto para los menesteres ordinarios y para el beneficio de las máquinas de la hacienda. Por los mismos motivos, dichos derrumbe y quebrada causaron otros perjuicios a la finca, como los causaron también al ferrocarril, pues que depositaron sobre la vía y otras obras grandes cantidades de material.

La Empresa, a instancia del doctor Victoriano Toro Echeverri, representante de las señoritas Uribe Muñoz para el reclamo administrativo, acordó llevar a cabo las obras necesarias para la conducción de las aguas del acueducto por tubería, desde donde empieza el derrumbe hasta los tanques contiguos a la carrilera, conviniéndose también que los gastos de dicha obra serían sufragados por partes iguales entre la Empresa y las demandadas. Fue así como la Empresa acometió el trabajo con sus propios fondos, pasando, la bocatoma afectada trescientos metros más arriba de donde estaba, y colocó ese mismo número de metros de tubería, todo por un valor de $ 6.226.98. El Ferrocarril decidió hacer esos trabajos, sin ser causante ni responsable del daño, "con el ánimo de compensar o pagar, con la mitad del valor de reconstrucción, presuntos perjuicios a las demandadas en la hacienda "La Floresta", que se pudieran imputar a las obras de defensa de la línea férrea y al encauzamiento de los aludes de lodo y cascajo que dichos derrumbe y quebrada depositaron sobre el terraplén, línea y obras y terrenos de las señoritas Tulia y Sofía Uribe Muñoz". Al presentar la demanda de indemnización de perjuicios, las mencionadas señoritas Uribes desconocieron el acuerdo a que habían llegado con la Empresa del Ferrocarril, y por tanto la inversión que ésta hizo en las obras del acueducto constituye un pago no debido y un enriquecimiento sin causa de las demandadas.

Las señoritas Uribe Muñoz plantaron además, en terrenos de propiedad del Departamento, en su empresa del Ferrocarril, cerca de dos mil árboles de café y sombrío, de los que han venido disfrutando sin autorización o consentimiento de la Empresa, cuando por escritura número 2.019 de 7 de octubre de 1924 tenían prohibición expresa de establecer obras o plantaciones nuevas, habiéndose limitado el derecho de uso, cultivo y disfrute que les otorga aquel instrumento sobre la zona del ferrocarril, a los cultivos existentes en la fecha del contrato. Por este motivo la Empresa ha sufrido un detrimento económico y otros perjuicios.

Como consecuencia de estos hechos, el Departamento de Antioquia pide que se hagan estas declaraciones:

"a) Que el Departamento de Antioquia, en su Empresa del Ferrocarril del mismo nombre, tiene derecho a repetir contra las señoritas Tulia y Sofía Uribe Muñoz la suma de seis mil doscientos veintiséis pesos con noventa y ocho centavos ($ 6.226.98) que representa el valor de las obras hechas por el primero en la reconstrucción y traslado del acueducto en finca de propiedad de las segundas, en razón de que la entrega de tales obras no se debían (sic) y de que no puede existir enriquecimiento sin causa por ellas".

"b) Que en consecuencia de la anterior declaración, las señoritas Tulia y Sofía Uribe Muñoz, proporcionalmente a su derecho comunidad (sic), están obligadas a devolver y pagar al Departamento de Antioquia —Empresa del Ferrocarril— la cantidad de seis mil doscientos veintiséis pesos y noventa y ocho centavos ($ 6.226.98) como valor que representa las obras de traslado y construcción del acueducto de su finca "La Floresta" en el municipio de Fredonia".

"c) Que en caso de no hacerse las declaraciones anteriores se declare que las señoritas Tulia y Sofía Uribe Muñoz están obligadas a pagar en favor del Departamento de Antioquia, en su empresa del Ferrocarril, la suma de tres mil ciento trece pesos con cuarenta y nueve centavos ($ 3.113.49) como valor a que ascienden la obligación de mitad adquirida y contenida en el oficio número 609 de octubre de 1954 por la realización de las obras de reparación y traslado del acueducto en la hacienda "La Floresta" de propiedad de las obligadas Uribe Muñoz".

"Subsidiariamente, que la señorita Tulia Uribe Muñoz está obligada a pagar en favor del Departamento de Antioquia, Empresa del Ferrocarril, la cantidad de tres mil ciento trece pesos con cuarenta y nueve centavos ($ 3.113.49) como valor a que asciende la obligación de mitad adquirida y contenida en el oficio número 608 de octubre de 1954 por la realización de las obras de reparación y traslado del acueducto en la finca "La Floresta" de propiedad de las obligadas Uribe Muñoz, dentro del plazo que al efecto se fije".

"d) Que las señoritas Tulia y Sofía Uribe Muñoz están en la obligación de pagar en favor del

Departamento de Antioquia, Empresa del Ferrocarril, la cantidad de dinero en que se estime, mediante avalúo en este juicio o en otro, la ocupación de los terrenos del Ferrocarril con las plantaciones nuevas de café y de otras clases". Y

"e) Que asimismo las señoritas Tulia y Sofía Uribe Muñoz están obligadas a pagar al Departamento de Antioquia en su Empresa del Ferrocarril el valor de los perjuicios que han causado por la ocupación de los terrenos de propiedad de la Empresa ferroviaria con las nuevas plantaciones, en violación a la cláusula tercera de la escritura de declaraciones número 2.019 de 7 de octubre de 1924, según el avalúo que se haga en este juicio o en otro aparte".

Esta demanda fue contestada por el apoderado de las demandadas en la reconvención admitiendo los hechos relativos a la propiedad de "La Floresta" y al derrumbe, pero no a las causas de éste; al acuerdo para la reparación del acueducto y a la ejecución del respectivo trabajo; a la exigencia del pago de la mitad del costo de la obra, pero como resarcimiento parcial del daño, y negando los demás. No acepta, por otra parte, los fundamentos de derecho invocados, y propone las excepciones de **inexistencia de la obligación** y la genérica consagrada en el artículo 329 del Código Judicial. Se opone, por último, a que se hagan las declaraciones pedidas.

* * *

Recibida la causa a pruebas, fueron decretadas y practicadas las que las partes estimaron conducentes.

El debate se cerró con el auto de citación para sentencia, después del cual se profirió la de 18 de diciembre de 1957, que en su parte resolutiva concluye:

"1º No se hacen las declaraciones solicitadas en la demanda principal, por no haber acreditado la parte actora su titularidad, como dueña de la hacienda "La Floresta", para formular (sic) la indemnización de perjuicios que reclama".

"2º. Por idéntico motivo, de no estar acreditada en los autos la legitimación en la causa de la parte demandada en la acción de reconvención, no se hacen las declaraciones solicitadas en la respectiva demanda".

"Sin costas en esta instancia por no haberse causado".

* * *

El negocio subió a la Corte en apelación interpuesta por ambas partes contra la sentencia anterior, habiendo sido abierto nuevamente a prueba a petición de la parte actora, quien para ello invocó lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 0243 de 1951, que expresa: "En la apelación de las sentencias dictadas en juicios ordinarios puede concederse término probatorio, a petición de parte, cuando a su pronunciamiento por el inferior precedió un término de esta clase, pero sólo en los casos siguientes: 1º Cuando se denegó por el inferior la práctica de alguna prueba que el superior estima conveniente. 2º Cuando dejó de practicarse alguna prueba sin culpa del que la pidió. 3º Cuando ha ocurrido algún hecho nuevo de influencia en la decisión con posterioridad al término para pedir la práctica de pruebas en la primera instancia; y 4º Cuando alguno de los interesados solicita la práctica de una inspección ocular".

Con fundamento en esta disposición, el representante judicial de las demandantes pidió: 1º Que se decretara una inspección ocular con el fin de reconocer la finca a que se refiere la demanda "en la parte afectada por las obras y por los daños"; y 2º Que se solicitara al Notario Tercero de Medellín la copia de la escritura número 2.411, de 25 de agosto de 1944, debiendo enviarla previamente al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Fredonia para su registro y además para que certificase sobre la vigencia de la inscripción a favor de las demandantes.

La Sala, en auto de 26 de mayo de 1958, decretó la inspección ocular, denegando en cambio la segunda prueba por considerar que no "encajaba" en ninguno de los casos contemplados en el artículo 1º del Decreto 0243. Esta providencia no fue objeto de recurso alguno, quedando por consiguiente ejecutoriada.

En el curso de la inspección ocular el apoderado de las demandantes presentó, sin embargo, para que fueran agregados a los autos, y con el fin de subsanar la omisión anotada en el fallo del Tribunal, la escritura pública y el certificado del Registrador cuyo ingreso al juicio se denegó en la providencia de 26 de mayo, y que el Juez comisionado para practicar la diligencia ordenó agregar al expediente, no obstante la expresa oposición de la parte demandada.

Sobre la eficacia de tal procedimiento en el orden probatorio trataron a espacio las partes en sus alegatos de conclusión, por lo cual la Sala ha de referirse a él como cuestión previa al examen

de las pretensiones formuladas en la demanda, ya que de su aceptación o rechazo depende que se estime probado o no uno de los presupuestos de la acción: la legitimación en la causa.

I

El señor apoderado de la parte actora sostiene que habiendo sido aducida la escritura pública número 2.411 de 1944 con la cual los demandantes se proponen probar su dominio en el inmueble en que se causaron los daños en la oportunidad que señala el numeral 2º del artículo 597 del Código Judicial, es decir, en una inspección ocular, debe ser tenida como prueba y estimarse por su valor legal en este fallo; tesis que rechaza la opositora expresando que la inspección ocular no es medio legal admisible para aducir un instrumento público con el fin de probar la personería sustantiva de las partes, y que por tanto el presentado en tal forma debe desestimarse.

Para resolver la cuestión conviene tener presente lo que la Corte enseña sobre la oportunidad legal para hacer la aportación de pruebas.

En fallo de 24 de junio de 1954 (G. J. LXXVII, 853), —que cita el señor apoderado de la parte actora para sustentar su tesis—, la Sala de Casación Civil recoge la jurisprudencia sobre el particular y expone y analiza las tres tendencias que en aquella se notan respecto de la aducción directa de instrumentos públicos durante el período de pruebas. Dice así:

"**Primera.** A veces se ha pronunciado (la Corte) por la aplicación **absoluta** de los artículos 597 y 636 del Código Judical, al negar todo el valor al instrumento que no llega al proceso en alguna de las oportunidades señaladas en el primero. Pueden verse las sentencias: de la Sala Civil de Unica Instancia de 20 de octubre de 1937 (XLV, 948, 1ª); auto de la Sala de Negocios Generales, de 21 de marzo de 1938 (XLVI, 354 2ª); de la misma Sala, fechada el 3 de junio de 1939 (XLVIII, 523 2ª); de la Sala de Casación Civil, de 12 de septiembre de 1940 (L, 56 1ª). En fallo de la Sala de Negocios Generales, de 26 de julio de 1945 se lee:

"El imperio de las normas de procedimiento es de orden público. En su observancia reposa la garantía de los derechos que tienen los litigantes a lo largo del proceso, de manera que si el juzgador deja de lado en favor de alguna de las partes la aplicación de los principios que consagran las normas procedimentales incurre en violación de los derechos amparados por esas normas y por consiguiente falta a sus deberes de rectitud e imparcialidad. El artículo 597 antes citado encierra el principio procesal de la eventualidad en materia probatoria, conforme al cual, pasada la oportunidad de aducir pruebas, las que se presenten no pueden ser estimadas por el Juez en la decisión de la controversia jurídica. Los medios de defensa que llevan las partes al proceso deben reunir las formalidades legales para que surtan el efecto que las leyes les señalan" (LIX, 1.082, 1ª).

"En sentencia de casación fechada el 31 de octubre de 1950:

'Pero para que aquellas pruebas puedan ser estimadas es de rigor, de acuerdo con el precepto contenido en el artículo 597 ibídem, **que hayan llegado al proceso por uno de los medios allí mismo taxativamente señalados.** Esta norma elemental en el procedimiento consagra la garantía del derecho que las partes tienen para intervenir en la producción de los medios de defensa, el cual no puede ser desconocido por el juzgador **sin incurrir en una evidente violación del artículo 597 citado,** y de otro principio también primordial, cual es el de la igualdad de las partes ante la ley' (LXIX, 230, 1ª) Subraya la Sala.

"Según las citadas providencias, los artículos 597 y 636 tienen un sentido absoluto, esto es, fuera de los medios allí contemplados para allegar pruebas, no hay otro, si bien es cierto que sólo una de ellas, la de 31 de octubre de 1950, se refiere especialmente al instrumento público.

"**Segundo.** En otras ocasiones ha asignado a dicho texto un alcance **relativo,** atribuyendo al instrumento un valor de prueba incompleta. Así, la Sala de Negocios Generales en sentencia de 20 de febrero de 1945, dijo:

'Empero si tales instrumentos han sido allegados al juicio por presentación directa de una de las partes y así ha sido aceptado como prueba por el Juez del conocimiento en el correspondiente auto sobre admisión de pruebas, y sin objeción alguna de la parte contraria en el momento de tal aceptación, **no puede concluírse que carezcan ellos, en absoluto, de todo mérito probatorio hasta el punto de llegar a admitir que por la forma como fueron presentados han de mirarse como si en realidad no figuraran en el proceso y desestimarse, por completo, en el fallo final'** (LVIII, 794, 1ª).

"La misma Sala reafirmó la doctrina anterior en fallo de 22 de agosto de 1945:

'En reciente sentencia la Sala de Negocios Generales consideró que un documento de esta clase (se trataba de un certificado expedido por autoridad administrativa), dada la circunstancia de aparecer en el proceso en virtud de **auto no reclamado de admisión**, aunque se estimase deficiente, **podía dar base a una convicción del juzgador, con tal que fuera complementado con otras pruebas, de conformidad con los artículos 594 y 647 del Código Judicial**' (LIX, 1.101, 1ª). Subrayas de la Sala.

"Según estos fallos, el instrumento público que se hace llegar al juicio y que el Juez dispone tener como prueba, sin reclamo de la contraparte, **no es plena prueba, pero sí puede completarse por otras**. El motivo de este paso en la evolución de la doctrina, se halla en la aceptación tácita de la parte a quien la probanza se opone.

"**Tercera.** Finalmente, también le ha dado valor pleno al instrumento público directamente aducido, cuando se ha ordenado tenerlo como prueba y la parte contraria se conforma. Dice la sentencia de la Sala de Negocios Generales, de 18 de noviembre de 1942:

'Por eso mismo, y aplicando estas ideas al caso presente, el Magistrado ponente del Tribunal de primera instancia no podía menos que decretar que se recibieran las copias de los documentos que presentó la parte demandada (se trataba de providencias de recaudadores de rentas) a reserva de calificar su mérito cuando fallara el negocio. Según sucedió al proveer en el sentido que lo hizo, él no podía advertir ni a la parte demandante que las copias debían pedirse por su conducto a las oficinas de origen, ni a la parte demandada, que tales copias no las había pedido en la forma prevista en el artículo 636 del Código Judicial. Este artículo enseña cómo deben pedirse las copias de documentos públicos no acompañadas a la demanda o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones; **pero como este requisito no tiene otro fin que el de que las partes se aseguren en la mejor forma acerca de la autenticidad de tales documentos, si al presentarse éstos en forma distinta de la anotada, consienten el auto en que se haya aceptado, como aquí fue el caso, esa situación procesal es invariable, porque la voluntad expresa o tácita de las partes es la suprema ley del juicio** cuando no se trata de cuestiones en que esté interesado el orden público o en que no se requieran solemnidades especiales' (LIV Bis, 410, 2ª).

"En sentencia de casación fechada el 24 de enero de 1952, puede leerse lo siguiente:

'De la relación anterior se deduce claramente que la escritura pública 44 citada, fue incorporada a los autos mediante el proceso legal señalado por el Código Judicial para producir, como prueba, esta clase de instrumentos públicos. El artículo 630 del nombrado Código, consagra un procedimiento exceptivo al indicado en el 636 ibídem, para las escrituras públicas; así la primera disposición se refiere a la manera como aquéllas deben presentarse en juicio, para ser estimadas como prueba, **pero ella no priva al juzgador de la facultad de apreciar su contenido, de conformidad con las prescripciones de la ley sustantiva**'. (LXXI, 36 2ª. Subrayas de la Sala).

"La primera de estas sentencias se refiere a los **instrumentos públicos** en general, en tanto que las segundas a las **escrituras públicas** en particular, para otorgarles aptitud probatoria según las normas comunes, cuando sean presentados en juicio directamente, con la aquiescencia de la contraparte. Pero es el caso de advertir que tales tesis tienen apoyos distintos:

"a) El de la primera es el asentimiento de la parte a quien se opone el instrumento auténtico;

"b) El de la segunda, es la consideración de que el artículo 630 del Código Judicial referente a la escritura pública y que señala los requisitos que deben reunir para figurar como prueba, constituye una excepción a la regla del artículo 636, relativa a los **instrumentos públicos** en general y al proceder que debe seguirse para llevarlos en copia auténtica al juicio.

"La primera razón domina todo el campo de los instrumentos públicos o auténticos, según el artículo 1.758 del Código Civil; la segunda cubre sólo la especie de aquellos llamada **escritura pública**, de acuerdo con el mismo precepto.

"De las tres o más doctrinas a que se ha hecho referencia se infiere que la Corte no ha señalado una pauta estable en este particular, y aquellas se han entreverado unas a otras, en un constante vaivén".

El fallo acoge en seguida la doctrina que contiene la sentencia de 18 de noviembre de 1942, la que considera que debe generalizarse, entre otras por las siguientes razones:

"Las oportunidades determinadas en el artículo 597 persiguen la igualdad de las partes en el proceso, y de consiguiente la lealtad que debe inspirar la producción de sus pruebas, de modo que no haya formas o procederes imprevistos contra

los cuales no puedan reaccionar eficazmente. Se trata de una norma de igualdad en el campo procesal, conforme a la cual las partes se mueven en un plano de idénticas prerrogativas; ambas disponen por igual de los mismos medios de ataque y defensa y ninguna puede sorprender a la otra haciendo uso de recursos inusitados; en una palabra, de una regla de equidad procesal. Por tanto, si la aducción directa de instrumentos auténticos en el término de prueba, con citación de la parte contraria o asentimiento de la misma, responde a estos motivos —que no son otros que los que inspiran el artículo 597— no hay duda de que ello es justo, porque se trataría en último análisis de aplicar el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que consagra la regla de la interpretación de la analogía, ya que a una misma situación de hecho debe corresponder la misma situación de derecho".

Y más adelante agrega:

"Siendo así que según el ordinal 2º del artículo 597, se puede presentar toda clase de pruebas en las inspecciones oculares, las cuales se practican generalmente aun después de vencido el término probatorio, no se ve razón para que no sea posible hacerlo dentro del término mismo, máxime que en este último caso mas garantías tiene la parte contra quien se aduce, para contraprobar o pedir que se solicite la copia a la respectiva oficina".

II

Encuentra la Sala sobre manera acertada la doctrina expuesta en el anterior fallo de casación, respecto de la aducción directa de pruebas en el término probatorio, si bien encuentra conveniente aclararla en lo que concierne a su presentación en una inspección ocular cuando no ha sido pedida en la oportunidad legal.

Como bien lo expresa aquella providencia, son la igualdad de oportunidades y de medios entre las partes y la lealtad que en el debate recíprocamente se deben y que deben al Juez, que excluyen los recursos sorpresivos y los procederes imprevistos como instrumentos procesales de ataque o de defensa, los principios en que generalmente se inspira el sistema probatorio, y en especial el artículo 597 del Código de la materia. Su inobservancia en la organización y en la aplicación de los procedimientos alteraría ese equilibrio entre los contendientes que es condición **sine qua non** para que puedan conducir a soluciones de equidad. Por eso la doctrina ha sido constante en condicionar la estimación legal de la prueba a la existencia de una providencia que la admita y le reconozca aquella calidad, a fin de procurar a los litigantes la oportunidad de impugnarla por cualquiera de los medios que establece la ley, y así lo expresa claramente el fallo de 20 de febrero de 1945 en el aparte que se deja copiado.

De ahí también que además de las oportunidades y formas que para la aducción de pruebas previenen los artículos 597, 630 y 636 del mismo Código, el artículo 752 disponga: "Cuando se decrete alguna prueba en los tres últimos días del primer período. o después de vencido, puede la parte contraria solicitar dentro de los tres días siguientes al de la notificación del auto que las decreta, la práctica de las que tenga a bien respecto de los mismos hechos". Es que habiendo lugar a distinguir entre la **prueba principal** como puede ser denominada la suficiente **prima facie**, esto es, la suficiente salvo **prueba en contrario**, y su invalidación mediante la **prueba en contra** que puede aportar el adversario, lo que constituye el derecho de contraprobar que se reconoce a las partes, no sería razonable que decretada una prueba cuando ya aquél a quien perjudica se encuentra procesalmente imposibilitado para obtener la invalidación, se le niegue una oportunidad adicional para que pueda hacerlo. Ello violaría el principio de igualdad que es fundamental en el proceso.

Pues bien, aducida en una diligencia una prueba relativa a hecho distinto del a que la diligencia se refiere, la parte contra quien se presente podría verse privada del derecho de contraprobar debido a la preclusión del primer período que prevé el artículo 746 y tampoco ser el caso contemplado en el 752. Por este motivo, en uno de los pasos de la sentencia de 24 de junio de 1954, también transcrito en lo pertinente, la Sala de Casación Civil hubo de reconocer que cuando la prueba se aduce en una inspección ocular, la parte a quien se opone tiene menos garantías para contraprobar que cuando se trata de la aducción directa en el término probatorio, esto es, que lleva una desventaja; y como observa Wach, "la desventaja procesal de una parte es la ventaja del adversario. La desventaja es siempre la consecuencia de una emisión o de una actuación procesal defectuosa, y, por eso, perjudicial" (**El Juez y las partes**).

Esta restricción de la garantía probatoria de una de las partes pone de manifiesto, en cuanto

destruye la igualdad que en el debate debe conservarse entre ellas, la dificultad de admitir la procedencia de aducir indiscriminadamente pruebas en inspecciones oculares u otras diligencias, sin que hayan mediado instancia y aceptación, cuando se trata de juicio en el cual se ha previsto una oportunidad distinta para producirlas, como es el caso del ordinario. La disposición del artículo 597, que es de carácter general, tiene por objeto relacionar todos los casos en que en los distintos procedimientos hay lugar a presentación de pruebas por las partes, sin atender a las peculiares modalidades de cada proceso, y si en el numeral 2º menciona las "inspecciones u otras diligencias", es porque, habiendo procedimientos en los cuales no se ha previsto un período probatorio especial, las pruebas deben ser presentadas en ellas, como acontece, por ejemplo, en el deslinde y en el verbal; y además, porque es obvio que en las inspecciones oculares puede ser conveniente producir pruebas relacionadas con los hechos que son materia del reconocimiento judicial, aunque no, como se viene expresando, con otros distintos. Así lo enseña abundante jurisprudencia de la Corte, reiterada, en lo que al último punto se refiere, en el fallo de 3 de julio de 1954, en el que expuso la Sala Civil de Casación: "Como acertadamente lo asienta el Tribunal, si en el acto de la diligencia de una inspección ocular puede el Juez hacer una investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos que juzgue necesario para ilustrarse, conforme al artículo 728 del C. J., tales hechos 'son aquellos a que se contrae la diligencia de inspección ocular y no otros, pues de lo contrario quedarían burladas las estrictas normas sobre términos probatorios', como documentos privados, instrumentos públicos, partidas de estado civil y muchas otras que en ocasiones ni siquiera pudieron ser presentadas dentro de los términos legales, algo propio para privar a la contraparte del empleo de los medios de que goza dentro de la tramitación legal para hacer la defensa de sus derechos, lo que equivaldría, según la sentencia acusada, 'a aceptar como correctas situaciones sorpresivas' ... No obra en contra de lo dicho lo dispuesto en el artículo 597 del Código Judicial, el cual ordena que 'para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso: ... 2º Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes...', porque esto debe entenderse de los elementos allegados a ellas regularmente, dado que la inspección ocular es un acto de mero **reconocimiento de los hechos o cosas** que se tengan a la vista, con o sin intervención de peritos y testigos, no para acreditar cosas de otra índole". (G. J., LXXVIII, 15. El subrayado de la Sala de Casación Civil).

Esto no obsta, por supuesto, para que cuando la prueba ingresa a los autos por admisión expresa en auto ejecutoriado deba ser apreciada en la sentencia según el mérito que la ley le asigna, aunque haya sido producida en una inspección ocular sin petición formulada en oportunidad, pues que, a pesar de tal irregularidad, la preclusión del término para interponer recursos y la consiguiente ejecutoria otorgan a la parte que presentó la prueba la ventaja que ella implica, por ser la aducción de pruebas acto de los llamados de **adquisición procesal**, "que se enderezan a poner a disposición del Juez los elementos lógicos y físicos que ha menester para decidir la litis", y haberse consumado dicha adquisición con la ejecutoria de la providencia que creó la situación procesal correspondiente. Y no puede ser de otro modo, porque, a más de que el sistema del Código se inspira en el principio de la eventualidad, la falta de impugnación o reclamo oportuno hace suponer la aquiescencia de la parte a quien la prueba perjudica, y ya se puso de presente con la transcripción anterior que la voluntad de las partes es la suprema ley del juicio.

III

En el caso presente resulta que, denegada la admisión de la escritura 2.411 y del certificado del Registrador, la parte actora presentó dichos documentos, sin embargo, durante la inspección ocular, con el fin de establecer su personería sustantiva para incoar la acción y no los hechos objeto de la diligencia, habiendo sido agregados a los autos por disposición del Juez comisionado. Pero ni la expresada prueba fue admitida en tal calidad, ni la parte opositora la consintió en forma alguna. Por el contrario, ésta manifestó oponerse a que fuera tenida en cuenta, y aún incorporada en el expediente, y el funcionario hizo presente que no aceptaba la prueba por no corresponderle hacerlo, sino que se limitaba a permitir su agregación al proceso para que la corporación comitente resolviese lo que fuera del caso (cuaderno 1º, folio 13 vuelto). En estas condiciones, tal prueba no puede tenerse como ingresada al juicio, pues que no ha sido aceptada en calidad de tál ni cuenta con el consentimiento de la parte

a que se opone, por lo cual la Sala debe abstenerse de considerarla.

Y como, descartados aquella escritura y el certificado correspondiente, únicamente queda en el expediente para acreditar la propiedad de las demandantes sobre el inmueble que sufrió los daños, la copia simple de aquel instrumento, sin reproducción de la inscripción que de ella debió hacerse en el registro público, ni es prueba suficiente de esa propiedad que se hubiese dirigido la demanda de reconvención por entidad representada por personero cuya confesión no puede perjudicarla, contra quienes expresamente invocaron el dominio como elemento substancial de su acción, debe concluírse que no aparece demostrado el título que la parte actora alega para demandar a la Nación, ni ser ella la persona a quien ésta ha debido reconvenir; o sea, que no se ha acreditado la legitimación activa en la causa principal ni la pasiva en la de mutua petición, por lo cual se echa de menos el extremo cuya omisión llevó al Tribunal a proferir el fallo absolutorio, dada la calidad de elemento estructural de la acción que le asigna la doctrina.

IV

En mérito de las razones 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, **confirma** la sentencia de primer grado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el dieciocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete.

Sin costas.

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

Luis Carlos Zambrano—Ramiro Araújo Grau—Efrén Osejo Peña—Carlos Peláez Trujillo—Jorge García Merlano, Secretario.

EL ARTICULO 448 DEL CODIGO JUDICIAL DEBE APLICARSE CON CRITERIO RESTRICTIVO, POR CUANTO ESTABLECE TAXATIVAMENTE LAS CAUSALES DE NULIDAD EN LOS JUICIOS. — DISTINCION ENTRE ACTOS NULOS Y SIMPLEMENTE IRREGULARES. — MODOS COMO LA LEY PROVEE A ASEGURAR LA GARANTIA GENERAL DE JUZGAMIENTO QUE CONSAGRA EL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION. — NULIDAD E INEXISTENCIA DE LOS ACTOS PROCESALES. — CONSECUENCIAS QUE SE DEDUCEN DE LA FALTA DE NOTIFICACION DE UNA PROVIDENCIA JUDICIAL

1.—El principio quidquid contra legem fit nullum est pretende fundarse en la naturaleza del derecho procesal que —como en general el derecho administrativo, de cuya índole participa— mira los actos jurídicos con criterio objetivo, siendo por tanto característicamente formal, de modo distinto a como lo hace el derecho privado que tiene especialmente en cuenta el aspecto subjetivo de esos mismos actos; y como la forma de los actos jurídicos ha sido establecida en interés general, esto es, que constituye una garantía de orden público, se piensa con razón que toda informalidad debe venir acompañada de un medio eficaz para subsanarla, en beneficio de las garantías de juzgamiento que consagra la Constitución.

Y así es; sólo que en el sistema del código ese medio no siempre es la nulidad, como se desprende del carácter taxativo con que se hallan establecidas las respectivas causales, sino que, por razones de economía principalmente, clasifica las infracciones según la mayor o menor importancia de la regla jurídica, desde los puntos de vista del interés en conflicto y de la gravedad de la infracción, estableciendo sobre esta base un régimen gradual de sanciones o remedios.

Es así como el derecho procesal prevé medios distintos para corregir las irregularidades en que se haya podido incurrir en la tramitación de la causa, según su naturaleza y la gravedad que revistan, reservando el de nulidad para los casos más graves, en que se omite un elemento o formalidad esencial para la idoneidad del acto con detrimento de los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico y el derecho de defensa. Cuando no se trata ya de un elemento esencial para que se forme la respectiva relación de derecho o el defecto puede sanearse en otra forma, la ley acude a otros medios para asegurar la garantía de juzgamiento que consagra el artículo 26 de la Constitución: la exigencia de determinados presupuestos para que la demanda pueda ser admitida; los impedimentos procesales; las excepciones dilatorias; los recursos que la ley concede contra las providencias de los jueces; la simple ineptitud del acto irregular para vincular en ciertos casos al Juez y a las partes, no son otra cosa que medios que la ley previene para corregir, según la eventualidad, la inobservancia de las formas del juicio, y evitar a cualquiera de las partes el condigno perjuicio. De modo que si se han establecido enumerativamente las infracciones que producen nulidad, es porque al lado de este medio se han creado otros aplicables según la índole de la informalidad, la importancia de la norma pretermitida o infringida o la naturaleza o consecuencias que se sigan de la infracción. En esta forma adopta la regla legislada, en el sistema del Código, la posición ecléctica que a la doctrina atribuye el señor De la Plaza, mediante la distinción de los actos nulos de los simplemente irregulares, a fin de proveer por diferentes modos, como en efecto lo hace, a la cumplida observancia de las formas del proceso sin que para enderezarlo sea menester acudir en cada trance a nulidades que inútilmente lo encarecen y prolongan.

2.—El recurso de invalidación de los actos procesales por inexistencia no se halla esta-

blecido en el Código Judicial, ni podía ser de otra manera, pues que no se puede invalidar lo que no existe. Como lo define Alsina (Las nulidades en el proceso civil), "el concepto de acto nulo difiere del de acto inexistente en que mientras éste no requiere un pronunciamiento judicial para evitar sus efectos, en aquél es necesario que se declare la nulidad para evitar que los produzca y para hacer desaparecer los producidos".

La nulidad, que según Carnelutti equivale a la ineficacia del acto, difiere de la inexistencia en que ésta no se refiere como aquella a los efectos jurídicos, sino al acto en sí: expresa no el acto que no produce efecto, sino el "no acto"; es decir, que es la negación del acto mismo (Sistema, III, 558). Se deduce de este concepto que en una sistemática que, como la del Código, consagra la nulidad para los actos tanto relativa como absolutamente ineficaces, por lo cual la nulidad absoluta —como que equivale a la ineficacia absoluta— vendría a confundirse con la inexistencia en lo relativo a la no producción de efectos, no debe hablarse de la última sino cuando se trata de actos sin virtualidad suficiente para ligar en ningún momento al Juez por carecer aún del mínimo de formalidades externas para producir consecuencias jurídicas; es decir, de aquellos que en momento alguno se han podido tener como existentes, como ocurriría, por ejemplo, con la resolución pronunciada por quien no ejercía la función que invoca o con la que careciera de la firma del funcionario que ha debido dictarla. Lo expuesto lleva a la deducción de que cuando el artículo 327 prescribe que "por regla general, ninguna resolución produce efecto antes de haberse notificado legalmente a las partes" ,no está expresando que el acto sea inexistente, pues éste cumple en sí mismo con las exigencias formales necesarias para tener consecuencias jurídicas, sino que éstas se hallan condicionadas al requisito posterior de la notificación, o sea, que penden de una condición suspensiva, por lo cual mientras ella no se cumpla el acto resulta ineficaz. La inexistencia se predica del acto que no ha llegado a ser en el ordenamiento procesal, mientras que la ineficacia se predica de aquél que teniendo existencia formal carece sin embargo de aptitud para alcanzar el fin que con él se persigue.

3.—La consecuencia de la falta de notificación, dada la existencia formal del acto y que la irregularidad que lo vicia no está instituída en motivo de nulidad, es su ineptitud para ligar a las partes, que en la oportunidad debida pueden reclamar contra él mediante el empleo de los recursos que la ley establece, o al Juez, que en el momento de fallar debe abstenerse de tener en cuenta la relación no constituída regularmente, salvo que por preclusión se haya consumado la adquisición de un derecho o ventaja para uno de los litigantes o que la ley le asigne específicamente al acto irregular algún efecto no obstante la informalidad. Lo atinente a la eficacia o ineficacia de la prueba en caso como el de autos es, así pues, cuestión relativa al mérito que pueda reconocérsele como elemento de convicción, de acuerdo con las normas que sobre su valor probatorio establece el Código Judicial, y por tanto, cuestión reservada al pronunciamiento de fondo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto seis de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

En el juicio ordinario de minas promovido por Arcesio Mejía contra la Nación, el representante de la parte actora solicitó el reconocimiento judicial, con intervención de peritos, de las porciones de terreno determinadas en la demanda, situadas en jurisdicción del municipio de Cocorná, a fin de hacer la localización e identificación correspondientes. En el respectivo memorial pide, además, que para la práctica de la diligencia se comisione al Juez del mencionado distrito municipal.

Accediendo a la expresada petición, el Tribunal decretó la inspección ocular y comisionó para llevarla a efecto al Juez Municipal aludido.

Esta providencia le fue oportunamente notificada al fiscal 3º del Tribunal **a quo**, funcionario que por su parte solicitó, en escrito presentado el 6 de agosto de 1958, "notificarle personalmente al señor Agente del Ministerio Público de ese municipio todos los autos o providencias que se dicten en relación con esa diligencia y las demás

que de allí se desprenden y a las cuales debe asistir el señor Personero Municipal de Cocorná en representación de la Nación, de acuerdo con lo ordenado en los numerales 1º y 5º del artículo 179 del Código Judicial"; exigencia que, atendida por el Tribunal, dio ocasión a que el Juez comisionado hiciera notificar personalmente al personero el auto de 22 de agosto de 1958 en que se fijó fecha para realizar la diligencia, a la cual concurrió este último funcionario.

Recibido el dictamen pericial, el fiscal pidió su ampliación, que fue presentada oportunamente; y con posterioridad, invocando el artículo 26 de la Constitución, promovió incidente de nulidad de lo actuado a partir del auto del Tribunal de 24 de julio de 1958 en que se dispuso la práctica de la diligencia, para cuyo efecto alegó: a) Que por ser el negocio de competencia del Tribunal no ha debido éste comisionar al Juez del Municipio de Cocorná para verificar la diligencia, sino practicarla directamente; b) Que el Personero que concurrió a ella nada hizo en defensa de los intereses de la Nación.

El Tribunal denegó la petición de nulidad, en auto de 4 de febrero del presente año, fundado en que, "con arreglo al artículo 133, inciso 2º, del Código Judicial, el Tribunal tiene facultad para comisionar a otras autoridades judiciales y administrativas para practicar aquellas diligencias que no deben llevarse a cabo en el mismo lugar de la residencia de la entidad comitente", y en que la inactividad del Personero, a que se refiere el fiscal, "es cosa que no entraña ningún argumento contra la validez del acto".

De esta providencia apeló el Fiscal, por lo cual ha subido, para su revisión, al conocimiento de la Corte, donde se tramitó la segunda instancia con audiencia del señor Procurador Delegado en lo Civil.

Este funcionario abandona en su alegato la posición adoptada por el fiscal, para solicitar en cambio que se declare la inexistencia y consiguiente invalidez de toda la actuación derivada del proveído de 6 de agosto de 1958 en que el Tribunal dispone, atendiendo la petición del Agente del Ministerio Público, que las notificaciones se surtan con el Personero, por cuanto, en su opinión, "el auto que ordenó la práctica de la inspección ocular no fue notificado personalmente al señor Fiscal del Tribunal, que es el legítimo representante de la entidad demandada, de conformidad con lo ordenado en el artículo 312 del Código Judicial", motivo por el cual "tal providencia no pudo producir ningún efecto de acuerdo con el artículo 327 ibídem; expresando, además, que "en litigios que se ventilen ante los Tribunales Superiores y en los casos que sea parte el Estado colombiano, como en el presente caso, el único representante de la entidad pública demandada es el Fiscal, quien como tal debe actuar personalmente en todas las diligencias de la instancia", siendo "claro que para diligencias fuera del lugar de su residencia, él, y no otra persona, puede alegar su representación, de conformidad con la autorización legal a que alude el artículo 260 del Código Judicial".

No sobra observar que tanto el auto de 24 de julio que ordenó la práctica de la diligencia, como el de 6 de agosto que se limitó a atender la solicitud del representante de la Nación para que las notificaciones se hicieran al Personero Municipal, fueron notificados personalmente, en su oportunidad, al Fiscal, por lo cual el señor Procurador incurre en un error al pedir la invalidez de la actuación desde la fecha de esta última providencia y el señor Fiscal al solicitarla desde el día en que se profirió la primera. Fue solamente la de 22 de agosto en que el comisionado ordenó cumplir la comisión y señaló fecha para hacerlo, la que se notificó al Personero en vez de al Fiscal.

* * *

La invocación del artículo 26 de la Carta, y la circunstancia de no estar comprendida la causal de nulidad alegada entre las enumeradas en el artículo 448 del Código Judicial, ni en ninguna otra disposición, pone de presente que el incidentante invoca la llamada nulidad constitucional, que se funda en la infracción de la garantía general de juzgamiento que aquella norma consagra, nulidad cuya existencia en el sistema procesal vigente comúnmente se admite en materia penal, y que en materia civil la Corte ha aceptado en ocasiones y en otras no. En providencia de 23 de febrero de 1955, por ejemplo, dice la Sala de Negocios Generales: "La Sala se funda en el artículo 26 de la Constitución la cual exige tres requisitos para pronunciar una sentencia condenatoria: primero, la ley preexistente; segundo, el Tribunal competente, y tercero, la plena observancia de las formas propias del juicio. Aquí no se puede dudar de que se realizan los dos primeros requisitos, pero no ocurre lo mismo en cuanto al último (.....). La violación de estas normas constitucionales vicia la actuación, con-

forme a principios universales que la jurisprudencia nacional ha recogido constantemente" (G. J. LXXIX, 630); mientras que en fallo de 20 de octubre de 1937 la Sala de Casación Civil había expuesto: "Nuestro Código de Procedimiento Civil, siguiendo en materia de nulidades adjetivas el principio procesal que informa la legislación francesa, de que ninguna diligencia ni acto de procedimiento podrá ser declarado nulo si la nulidad no está formalmente establecida en la ley, principio contrapuesto al llamado **inquisitivo** de la legislación alemana, de la libertad del Juez para ordenar de oficio la práctica de las medidas que crea necesarias a juzgar con más acierto y guardar las garantías debidas a las partes en el juicio, abandonando por consiguiente a la apreciación de los Tribunales las consecuencias de los vicios de forma, anulando o declarando válidos los actos de la relación procesal, somete el juicio únicamente a tres causales de nulidad, según que el Juez que esté conociendo del negocio carezca de jurisdicción improrrogable, sea legítima la personería de alguna de las partes, o esté quebrantando aquel principio tutelar de que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido previamente citada a discutir la condena" (G. J., XLV, 645).

También la Sala de Negocios Generales había expresado, en providencia de 4 de abril de 1932, que "las causales de nulidad de un juicio no pueden ser otras que las determinadas expresamente en la ley, desde luego que las nulidades son de interpretación restrictiva" (G. J. XL, 244). Esta última doctrina ha sido reiterada por la Corte en numerosos fallos.

* * *

La tesis de que cualquiera infracción de la regla legislada determina nulidad procesal es una posición difícilmente admitida por los procesalistas modernos. Como lo expone don Manuel de la Plaza, frente a esa posición, la doctrina cree más prudente adoptar una actitud ecléctica para distinguir los actos **nulos** de los simplemente **irregulares**; que es la que adopta la comisión redactora del Código Judicial vigente, cuando en la exposición de motivos explica que "sólo deben erigirse en causales de nulidad las irregularidades que implican el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa".

El principio **quiquid contra legem fit nullum est** pretende fundarse en la naturaleza del derecho procesal que —como en general el derecho administrativo, de cuya índole participa— mira los actos jurídicos con criterio **objetivo**, siendo por tanto característicamente **formal**, de modo distinto a como lo hace el derecho privado que tiene especialmente en cuenta el aspecto **subjetivo** de esos mismos actos; y como la forma de los actos jurídicos ha sido establecida en interés general, esto es, que constituye una garantía de orden público, se piensa con razón que toda informalidad debe venir acompañada de un medio eficaz para subsanarla, en beneficio de las garantías de juzgamiento que consagra la Constitución.

Y así es; sólo que en el sistema del Código ese medio no siempre es la nulidad, como se desprende del carácter taxativo con que se hallan establecidas las respectivas causales, sino que, por razones de economía principalmente, clasifica las infracciones según la mayor o menor importancia de la regla jurídica, desde los puntos de vista del interés en conflicto y de la gravedad de la infracción, estableciendo sobre esta base un régimen gradual de sanciones o remedios.

Es así como el derecho procesal prevé medios distintos para corregir las irregularidades en que se haya podido incurrir en la tramitación de la causa, según su naturaleza y la gravedad que revistan, reservando el de nulidad para los casos más graves, en que se omite un elemento o formalidad esencial para la idoneidad del acto con detrimento de los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico y el derecho de defensa. Cuando no se trata ya de un elemento **esencial** para que se forme la respectiva relación de derecho o el defecto puede sanearse en otra forma ,la ley acude a otros medios para asegurar la garantía de juzgamiento que consagra el artículo 26 de la Constitución: la exigencia de determinados presupuestos para que la demanda pueda ser admitida; los impedimentos procesales; las excepciones dilatorias; los recursos que la ley concede contra las providencias de los jueces; la simple ineptitud del acto irregular para vincular en ciertos casos al Juez y a las partes, no son otra cosa que medios que la ley previene para corregir, según la eventualidad, la inobservancia de las formas del juicio, y evitar a cualquiera de las partes el condigno perjuicio. De modo que si se han establecido enumerativamente las infracciones que producen nulidad, es porque al lado de este medio se han creado otros aplicables según la índole de la informalidad, la importancia de

la norma pretermitida o infringida o la naturaleza o consecuencias que se sigan de la infracción. En esta forma adopta la regla legislada, en el sistema del Código, la posición ecléctica que a la doctrina atribuye el señor De la Plaza, mediante la distinción de los actos **nulos** de los simplemente **irregulares**, a fin de proveer por diferentes modos, como en efecto lo hace, a la cumplida observancia de las formas del proceso sin que para enderezarlo sea menester acudir en cada trance a nulidades que inútilmente lo encarecen y prolongan.

En el caso presente, los motivos de nulidad alegados por la parte incidentante no han sido reconocidos por la ley con esa calidad. La comisión a otros funcionarios de igual o inferior categoría para la práctica de diligencias no solamente no es configurativa de nulidad —como lo pretende inexplicablemente el recurrente—, sino que se encuentra expresamente autorizada y reglamentada en el Título IX del Código de enjuiciamiento civil. La negligencia de los representantes judiciales de las partes en el cumplimiento de los deberes que les impone su mandato puede llegar a hacerlos responsables de los daños que ocasionen al mandante, pero tampoco produce nulidad y sería absurdo que la produjera. La falta de notificación del auto que señala fecha para la práctica de una diligencia está asimismo excluída de la tarifa de causales que vician el procedimiento, sin que pueda confundírsela con la indicada en el numeral 3º del artículo 448, pues ésta se refiere exclusivamente a la falta de llamamiento inicial a comparecer en la causa para que pueda formarse la relación jurídica procesal.

* * *

Por lo que hace a las razones del señor Procurador, el recurso de invalidación de los actos procesales por inexistencia no se halla establecido en el Código Judicial. ni podía ser de otra manera, pues que no se puede invalidar lo que no existe. Como lo define Alsina (**Las nulidades en el proceso civil**), "el concepto de acto **nulo** difiere del de acto **inexistente** en que mientras éste no requiere un pronunciamiento judicial para evitar sus efectos, en aquél es necesario que se declare la nulidad para evitar que los produzca y para hacer desaparecer los producidos". La nulidad, que según Carnelutti equivale a la **ineficacia** del acto, difiere de la inexistencia en que ésta no se refiere como aquella a los efectos jurídicos, sino al acto en sí: expresa no el acto que no produce efecto, sino el "no acto"; es decir, que es la negación del acto mismo (**Sistema**, III, 558). Se deduce de este concepto que en una sistemática que, como la del Código, consagra la nulidad para los actos tanto relativa como absolutamente ineficaces, por lo cual la nulidad absoluta —como que equivale a la ineficacia absoluta— vendría a confundirse con la inexistencia en lo relativo a la no producción de efectos, no debe hablarse de la última sino cuando se trata de actos sin virtualidad suficiente para ligar en ningún momento al Juez por carecer aún del mínimo de formalidades externas para producir consecuencias jurídicas; es decir, de aquellos que en momento alguno se han podido tener como existentes, como ocurriría, por ejemplo, con la resolución pronunciada por quien no ejercía la función que invoca o con la que careciera de la firma del funcionario que ha debido dictarla. Lo expuesto lleva a la deducción de que cuando el artículo 327 prescribe que, "por regla general, ninguna resolución produce efecto antes de haberse notificado legalmente a las partes", no está expresando que el acto sea inexistente, pues éste cumple en sí mismo con las exigencias formales necesarias para tener consecuencias jurídicas, sino que éstas se hallan condicionadas al requisito posterior de la notificación, o sea, que penden de una condición suspensiva, por lo cual mientras ella no se cumpla el acto resulta ineficaz. La **inexistencia** se predica del acto que no ha llegado a ser en el ordenamiento procesal, mientras que la **ineficacia** se predica de aquél que teniendo existencia formal carece sin embargo de aptitud para alcanzar el fin que con él se persigue.

¿Cuál ha de ser entonces la consecuencia de la falta de notificación, dada la existencia formal del acto y que la irregularidad que lo vicia no está instituída en motivo de nulidad? Su ineptitud para ligar a las partes, que en la oportunidad debida pueden reclamar contra él mediante el empleo de los recursos que la ley establece, o al Juez, que en el momento de fallar debe abstenerse de tener en cuenta la relación no constituída regularmente, salvo que por preclusión se haya consumado la adquisición de un derecho o ventaja para uno de los litigantes o que la ley le asigne específicamente al acto irregular algún efecto no obstante la informalidad. Lo atinente a la eficacia o ineficacia de la prueba en caso como el de autos es, así pues, cuestión relativa al mérito que pueda reconocérsele como elemento de convicción,

de acuerdo con las normas que sobre su valor probatorio esablece el Código Judicial, y por tanto, cuestión reservada al pronunciamiento de fondo.

En el caso en estudio la sujeta materia del recurso no es un auto en que el Tribunal se niegue a proveer lo conducente para que el proveído sobre práctica de la diligencia de reconocimiento judicial produzca efecto pleno —lo que no se le ha solicitado—, sino el rehusamiento de una nulidad que, como se deja expresado, carece de todo fundamento legal.

* * *

Por los motivos expuestos, la Sala **confirma** el auto proferido por la Sala de decisión civil del Tribunal Superior de Medellín el cuatro de febrero del presente año.

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

Luis Carlos Zambrano—Ramiro Araújo Grau—Efrén Osejo Peña—Carlos Peláez Trujillo—Jorge García Merlano, Secretario.

RESPONSABILIDAD INDIRECTA DE LAS PERSONAS NATURALES O JURIDICAS POR LOS ACTOS DE SUS AGENTES O DEPENDIENTES. — PRESUNCION DE RESPONSABILIDAD CONTRA QUIEN OCASIONA EL DAÑO CUANDO ESTE PROVIENE DE ACTIVIDADES QUE DE SUYO SE REPUTAN PELIGROSAS, COMO LA QUE SE DESARROLLA EN EL MANEJO DE VEHICULOS AUTOMOTORES

1.—Los artículos 2.347 y 2.349 del Código Civil establecen en general la responsabilidad civil indirecta de las personas naturales y jurídicas, para el efecto de indenmizar el daño, por el hecho de aquellos que están bajo su dependencia o cuidado; ella se impone en virtud de los "deberes que incumben a quienes ejercen autoridad sobre otras personas y, por ello, están permanentemente responsabilizadas por el correcto ejercicio de los poderes que esa autoridad les atribuye". En razón de los vínculos de autoridad y subordinación existentes entre el autor directo del daño y el responsable reflejo, la ley presume la culpa de este último y la relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio sufrido por la víctima, en cuanto el actor haya demostrado: el daño que alega, el acto culposo ejecutado por una persona respecto de la cual el demandado sea responsable indirecto conforme a las normas pertinentes del Código Civil, y el nexo causal entre culpa y daño.

Mas esa presunción no es concluyente, ya que la misma ley en los citados artículos admite que cese la responsabilidad de tales personas con la prueba en concreto de que no fue suficiente la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe para impedir el hecho, o también cuando se demostrare, con ocasión del servicio prestado por los dependientes, que éstos se comportaron de un modo impropio que la autoridad patronal no tenía medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario.

Por lo tanto, el civilmente responsable puede desvirtuar la presunción dicha que pesa contra él, comprobando la ausencia de culpa de acuerdo con las circunstancias exonerativas antes apuntadas, o que el autor del daño no estaba sujeto a su autoridad o poder de subordinación, o bien que el hecho perjudicial no ocurrió por culpa del dependiente, o que éste se debió a caso fortuito, fuerza mayor o a un hecho extraño, dentro del cual se halla la culpa exclusiva de la víctima como causa única del daño.

2.—La Corte en sus Salas de Casación Civil y de Negocios Generales ha venido sosteniendo la doctrina de que el artículo 2.356 del Código Civil consagra una presunción de responsabilidad contra quien ocasiona el daño cuando éste provenga de actividades que de suyo se reputan peligrosas, como la que se desarrolla en el manejo de vehículos automotores.

Y como no es de raro acaecimiento que el autor del daño a un tercero, al ejercitar una actividad peligrosa, lo haga a nombre, por encargo o bajo la dirección y dependencia de otra persona, se tendría que el indirecta o civilmente responsable no se liberaría de la presunción anotada sino comprobando alguna de las causas exonerativas que posteriormente se señalan.

De acuerdo con tales principios doctrinales, en casos como el aquí debatido, basta que la víctima demuestre con plenitud: la ocurrencia del accidente producido por la acción del subordinado en el empleo de elementos virtualmente peligrosos o derivados de actividades de tal índole de las cuales responde el demandado; la existencia del daño que fuese su consecuencia; y, la relación de causalidad entre aquél y éste, para que la culpabilidad del agente directo o indirecto, que lo hace civilmente responsable, quede establecida por presunción legal que deberá destruír; en tales eventos, la prueba de la propia conducta diligente no es ya motivo eximente de responsabilidad por el hecho ajeno, y el demandado sólo podrá exonerarse de ella si acredita que el accidente ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima, o por fuerza mayor o caso fortuito, o por in-

tervención de un elemento extraño. Por lo tanto, acreditados los elementos en primer término advertidos, surge presumida la culpa del demandado y la relación de causalidad entre aquélla y el perjuicio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiuno de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

Procedente del Tribunal Superior de Cartagena y en virtud de lo preceptuado en el artículo 508 del Código Judicial, ha venido a la Corte el juicio ordinario promovido por Felisa Guerrero de Kaypa, en su propio nombre, contra la Nación.

En la demanda correspondiente instaurada ante el Tribunal mencionado el 23 de septiembre de 1952, se suplican las siguientes declaracionès y condenas por el apoderado judicial de la parte actora:

"PRIMERA. Se declare que la Nación es civilmente responsable de los daños y perjuicios ocasionados en la persona de la señora Felisa Guerrero de Kaypa en los últimos días del mes de mayo de mil novecientos cincuenta y uno (1951), como consecuencia del hecho de que un camión de la Base Naval de Cartagena (A.R.C. Bolívar), atropelló a la señora Felisa Guerrero de Kaypa, cuando traficaba por las calles del Barrio del Pie de la Popa de esta ciudad, sin frenos, sin luz y con la dirección dañada.

"SEGUNDA. Se condene a la Nación a pagar a la señora Felisa Guerrero de Kaypa, el valor de los perjuicios causados con el accidente de tránsito que sufrió por causa de un camión de la Base Naval de Cartagena, comprendiendo la indemnización, el lucro cesante y el daño emergente.

"TERCERA. Se condene a la Nación a pagar a mi mandante la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda corriente como valor de dichos perjuicios, o la suma en que ellos sean avaluados por peritos dentro del juicio".

Los hechos invocados en la demanda para sustentar las anteriores peticiones son, ordenados y en síntesis, estos:

En las primeras horas nocturnas del 21 de mayo de 1951 Felisa Guerrero de Kaypa, después de bajarse de un carro que la había transportado desde el centro de la ciudad de Cartagena hasta el sitio denominado Pie de la Popa, atravesó en dicho lugar la calle despejada de peligros, más al subir a la acera opuesta de la vía un camión de la Base Naval que por allí transitaba velozmente, con la dirección dañada y sin frenos ni luces, manejado por un Dragoneante de la Base de nombre Carlos Rojas, atropelló a la Guerrero de Kaypa, causándole heridas que le produjeron perturbación funcional y deformidad física permanentes; como consecuencia del accidente aquélla quedó imposibilitada de por vida para trabajar.

Por motivo de la invalidez así producida, la Guerrero de Kaypa tuvo que abandonar sus diarias labores en un taller de modistería levantado con su propio esfuerzo y por ella misma atendido, del cual derivaba su sustento y el de su familia; también por esa causa perdió el capital invertido en el taller, que tenía un valor de quince mil pesos ($ 15.000.00) y le dejaba un provento mensual de doscientos pesos ($ 200.00).

Para prevenir los riesgos y no obstante el estado defectuoso en que se encontraba el camión, no se tomaron precauciones por la Base Naval de Cartagena, ya que se le dejó transitar por las calles de la ciudad en tales condiciones.

Admitida la demanda y corrida en traslado al Fiscal Segundo del Tribunal de Cartagena, éste la contestó en el sentido de negar todos los hechos del libelo y el derecho invocado por la parte actora.

Durante el término de pruebas de la primera instancia se ordenaron y practicaron las solicitadas por la demandante y, una vez agotado el trámite del juicio, el Tribunal desató el litigio en sentencia datada el 26 de septiembre de 1958, mediante la cual se declara "que el Estado colombiano es civilmente responsable por los daños causados a la señora Felisa Guerrero de Kaypa en el accidente sufrido el 21 de mayo de 1951, al ser atropellada por el camión número 8-606 'Minguerra' manejado por el dragoneante Carlos Rojas", y se le condena a pagarle a la misma demandante, por concepto de los perjuicios morales sufridos, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00).

La decisión del Tribunal no fue apelada, pero se ordenó su consulta con el superior. Durante la tramitación del recurso, tanto el apoderado de la actora como el señor Procurador Delegado en lo Civil, alegaron de conclusión. Pide este último la revocación del fallo consultado y que, en su lugar, se absuelva a la Nación de los cargos formulados en la demanda, por cuanto para deducir en

el caso sub-judice la responsabilidad del Estado por culpa extracontractual debía acreditarse en el proceso: que el vehículo causante del atropello sufrido por la Guerrero de Kaypa pertenecía a la Nación (Ministerio de Guerra), que quien lo conducía era un soldado de la Base Naval de Cartagena y que vehículo y conductor se hallaban en desempeño de funciones oficiales, extremos todos éstos de la acción no establecidos con suficiencia en el juicio. De otro lado, el mandatario judicial de la demandante sostiene que tales elementos axiológicos se encuentran plenamente comprobados en los autos, por lo cual, como también porque observa que el Tribunal no cumplió con el mandato del artículo 480 del Código Judicial, pide la confirmación de la sentencia, más adicionándola a fin de que se condene a la Nación al pago de los daños materiales causados a su representada, cuyo importe se fijará en incidente separado al ejecutar el fallo.

Llegado el momento de fallar por agotamiento de los trámites correspondientes al recurso de consulta, la Sala a ello procede.

Los artículos 2.347 y 2.349 del Código Civil establecen en general la responsabilidad civil indirecta de las personas naturales y jurídicas, para el efecto de indemnizar el daño, por el hecho de aquellos que están bajo su dependencia o cuidado; ella se impone en virtud de los "deberes que incumben a quienes ejercen autoridad sobre otras personas y, por ello, están permanentemente responsabilizadas por el correcto ejercicio de los poderes que esa autoridad les atribuye". En razón de los vínculos de autoridad y subordinación existentes entre el autor directo del daño y el responsable reflejo, la ley presume la culpa de este último y la relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio sufrido por la víctima, en cuanto el actor haya demostrado: el daño que alega, el acto culposo ejecutado por una persona respecto de la cual el demandado sea responsable indirecto conforme a las normas pertinentes del Código Civil, y el nexo causal entre culpa y daño.

Mas esa presunción no es concluyente, ya que la misma ley en los citados artículos admite que cese la responsabilidad de tales personas con la prueba en concreto de que no fue suficiente la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe para impedir el hecho, o también cuando se demostrare, con ocasión del servicio prestado por los dependientes, que éstos se comportaron de un modo impropio que la autoridad patronal no tenía medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario.

Por lo tanto, el civilmente responsable puede desvirtuar la presunción dicha que pesa contra él, comprobando la ausencia de culpa de acuerdo con las circunstancias exonerativas antes apuntadas, o que el autor del daño no estaba sujeto a su autoridad o poder de subordinación, o bien que el hecho perjudicial no ocurrió por culpa del dependiente, o que éste se debió a caso fortuito, fuerza mayor o a un hecho extraño, dentro del cual se halla la culpa exclusiva de la víctima como causa única del daño.

Pero para la solución del caso en examen, tanto más si se atiende a los fundamentos de hecho y de derecho invocados en la demanda, no sólo deben aplicarse las anteriores normas legales sino también atender a lo establecido en el artículo 2.356 del Código Civil, pues aparece que el hecho dañoso causado por la persona dependiente se realizó en ejercicio de una actividad peligrosa de la cual se responsabiliza a la Nación.

Y la Corte en sus Salas de Casación Civil y de Negocios Generales ha venido sosteniendo la doctrina de que la precitada disposición consagra una presunción de responsabilidad contra quien ocasiona el daño cuando éste provenga de actividades que de suyo se reputan peligrosas, como la que se desarrolla en el manejo de vehículos automotores.

Y como no es de raro acaecimiento que el autor del daño a un tercero, al ejercitar una actividad peligrosa, lo haga a nombre, por encargo o bajo la dirección y dependencia de otra persona, se tendría que el indirecta o civilmente responsable no se liberaría de la presunción anotada sino comprobando alguna de las causas exonerativas que posteriormente se señalan.

De acuerdo con tales principios doctrinales, en casos como el aquí debatido, basta que la víctima demuestre con plenitud: la ocurrencia del accidente producido por la acción del subordinado en el empleo de elementos virtualmente peligrosos o derivado de actividades de tal índole de las cuales responde el demandado; la existencia del daño que fuese su consecuencia; y, la relación de causalidad entre aquél y éste, para que la culpabilidad del agente directo o indirecto, que lo hace civilmente responsable, quede establecida por presunción legal que deberá destruír; en tales eventos, a diferencia de cuanto se anotara sobre la presunción de culpa a que aluden los artículos 2.347 y 2.349 del Código Civil, la prueba de la propia conducta diligente no es ya motivo exi-

mente de responsabilidad por el hecho ajeno, y el demandado sólo podrá exonerarse de ella si acredita que el accidente ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima, o por fuerza mayor o caso fortuito, o por intervención de un elemento extraño. Por lo tanto, acreditados los elementos en primer término advertidos, surge presumida la culpa del demandado y la relación de causalidad entre aquélla y el perjuicio.

Para cerrar este capítulo de constantes invocaciones a principios jurisprudenciales expuestos por la Corte al respecto, se hacen por vía ilustrativa estas finales transcripciones de textos recogidos en algunos de sus fallos para fijar un criterio interpretativo de los preceptos legales en mención. (GACETA JUDICIAL, número 2.006, página 29, y GACETA JUDICIAL, número 2.147, página 1.056) "....En el ejercicio de ciertas actividades peligrosas, como en el de dirección o movimiento de una máquina, cuando acaece un accidente desgraciado que causa un perjuicio a un tercero, éste no tiene que comprobar sino la realización de ese acto, del accidente, y nada más, y el demandado puede presentar algunos factores exculpativos y demostrarlos. Pero en estos casos del ejercicio de una actividad peligrosa, y tratándose de la responsabilidad por el hecho de un tercero, no basta que el dueño de la máquina, por ejemplo, acredite que puso el debido cuidado en la elección del conductor de aquélla, porque si esto se extremara, resultaría que ninguna empresa de riesgo, como una de transportes, respondería por los accidentes causados por la mala dirección o imprevisión o negligencia de los conductores. Precisamente se ha configurado la responsabilidad por el hecho de terceros, en la forma de que se ha hecho mérito, para defensa y seguridad de los particulares, que de otro modo quedarían en una situación de inferioridad y tan aberrante, que tendrían que demostrar siempre no sólo el hecho material del accidente sino la culpa de quien lo causó. Ni el sentido de las normas consagradas por los artículos 2.347, 2.348, 2.349, 2.353, 2.355 y 2.356 del Código Civil permiten semejante interpretación, ni la jurisprudencia ni la doctrina lo consienten...." Y en otra ocasión expresó (GACETA JUDICIAL, número 2.040, página 572) que la presunción de culpabilidad en contra de quien ejercita una actividad peligrosa, como el movimiento de vehículos automotores, "afecta no sólo al dependiente o empleado que obra en el acto de peligrosidad. sino al empleador o dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño".

Debe examinarse si del haz probatorio allegado a los autos y de conformidad con los principios antes expuestos, procede deducir responsabilidad civil extracontractual al Estado, condenándolo al resarcimiento de los consiguientes perjuicios materiales y morales no objetivados, por el accidente automoviliario ocurrido en Cartagena el 21 de mayo de 1951 y en el cual un camión perteneciente a la Nación (Ministerio de Guerra), accionado por persona al servicio de la Base Naval de Cartagena, atropelló en forma violenta a la actora Felisa Guerrero de Kaypa, causándole heridas de graves consecuencias.

Los hechos anteriores, que son en síntesis los mismos relatados en la demanda, tienen en el proceso las fuentes de comprobación que pasan a indicarse.

Antonio Chica, testigo presencial de los hechos, expresa en lo pertinente: "....Siendo poco más o menos las siete de la noche del 21 de mayo de 1951, me encontraba parado en la esquina que forma la carretera que conduce al barrio de la Quinta con calle o callejón de Las Viejas, cuando ví que la señora Felisa Guerreo de Kaypa después de atravesar la vía subía a la acera opuesta a la en que yo me encontraba y en ese preciso momento o sea al subir fue atropellada por un camión de la Base Naval, lo que afirmo por haber visto la placa que llevaba con el número 8.606 y la leyenda Minguerra. El camión transitaba sin luz y sé que carecía de frenos porque el propio chofer lo dijo cuando se bajó y los que allí estábamos le increpamos por el atropello a la señora..." Más adelante, después de ratificar la afirmación de que dicho automotor estaba distinguido con la placa ya mencionada y la de que la víctima del accidente fue la Guerrero de Kaypa a quien conocía de tiempo atrás, agrega el declarante que dicha persona "quedó tendida en el suelo, de donde la levantamos y la embarcamos en el mismo camión". (Folios 6 y 6 vuelto del cuaderno único de pruebas).

También aparecen los dichos juratorios de José del Carmen Salcedo y Félix Marrugo (folios 5 vuelto a 7), quienes asistieron al desarrollo del suceso y narran que él se produjo en circunstancias de tiempo, modo y lugar en todo lo fundamental concordantes con las indicadas en el anterior relato testifical. Y como dichos testigos declaran uniforme y categóricamente sobre los hechos que provocaron el ejercicio de esa actividad peligrosa y las circunstancias que lo rodearon, fundando el conocimiento de ellas en su propia per-

cepción visual, debe otorgárseles el crédito probatorio señalado por la ley (artículo 697 del Código Judicial), pues ésta no ha establecido un medio de probanza específico para acreditar los hechos a que se refieren los citados deponentes.

Desde luego, en el juicio obran otros medios de convicción que concurren a demostrar los elementos estructurales de la acción promovida.

El declarante Enrique Roa, después de referir en forma ya conocida este evento que por él fue presenciado, expresa que el conductor del vehículo "era un marino de la Base Naval uniformado", y que entre este último y otras personas que acudieron al lugar respectivo recogieron del suelo a la señora Guerrero de Kaypa, pues allí quedó tendida con motivo del atropellamiento, y luégo la subieron al mismo camión que la había asolado (página 4, ibídem). Efraín Bonfonte asimismo señala la anotada condición oficial de marino en quien manejaba la máquina automotora.

El testigo Julio César Garizábal dice que telefónicamente fue advertido de la ocurrencia del suceso cuando prestaba servicio en la Dirección de Circulación y Tránsito de Cartagena, por lo cual se trasladó, además de otras partes de la ciudad, al Cuartel de la Infantería de Marina y allí el personal de la Guardia le informó que el autor del hecho "había sido el dragoneante Carlos Rojas, y que el camión manejado por él y con el cual había causado el atropello era el número 8.606 de las Fuerzas Armadas".

También durante el término probatorio de la primera instancia y por solicitud de la parte demandada, se decretó y obtuvo una información oficial del Comandante de la Base Naval de Cartagena, rendida en despacho cuya autenticidad fue reconocida en la dicha etapa del proceso (folios 32 y 38 del mismo cuaderno de pruebas), y la cual contiene los anexos allí transcritos sobre el caso de autos.

Dice así: "FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA. ARMADA NACIONAL. BASE NAVAL A. R. C. BOLIVAR—Comando Fuerzas Marítimas—Cartagena, mayo 4 de 1953.—1.560.—Al señor Secretario del Tribunal Superior.—E. S. D.—Con el presente informe del señor Capitán de Infantería, Comandante de la Repartición de Infantería de Marina, doy contestación a su atenta comunicación número 1.612 dirigida a este Comando.—De usted atentamente, Cap. de Nav. (Fdo.) Juan A. Pizarro García. Comandante Fuerzas Marítimas. Anexo: Inf. Ref.".

"M. R. 166| B N I—I M|104—.Asunto: Contestación Oficio Secretaría Justicia.—Al señor Capitán Navío. Comandante Fuerzas Marítimas. Gn. En relación con el Oficio número 1.612 de la Secretaría del Tribunal de Justicia de Cartagena de fecha 9 del mes en curso y en el cual solicita certificación del señor Comandante de la Base Naval sobre la veracidad del informe rendido por el Teniente de Infantería Mario Mejía G., en oficio número 158| B N I. 1M|111 de junio 24 de 1952 y relacionado con el atropello causado en la persona de la señora Felisa Guerrero de Kaypa causado por el camión militar distinguido con la placa número 8-606 que en ese momento era conducido por el chofer dragoneante Carlos Rojas Castro, me permito transcribir a continuación los oficios relacionados con dicho caso suscritos por los señores Teniente de Infantería Mario Mejía J., Comandante Repartición Infantería de Marina y Cornelio Pineda Esquivia, Inspector de Policía de Pie de la Popa: .....Oficio número 182. Cartagena, julio 21 de 1952. Señor Comandante de la Base Naval A. R. C. Bolívar.—Presente. El día 21 de mayo próximo pasado, el señor Carlos Rojas, dragoneante de la Base Naval de Cartagena, manejando un camión de esa misma Base Naval, atropelló en la carretera de este Barrio a la señora Felisa Guerrero de Kaypa, la cual fue atendida en el Hospital Naval de esta ciudad.—Para el perfeccionamiento de la investigación, abierta con motivo del atropello mencionado el señor Juez Primero Penal de este Circuito, ha remitido el expediente a esta Inspección de Policía, con el fin de que se le reciba declaración indagatoria al Dragoneante Carlos Rojas y se practiquen otras diligencias; por tal motivo, ruego a usted de la manera más encarecida, informar a esta Oficina el lugar donde se encuentra el señor Carlos Rojas Dragoneante de esa Institución y, además, comunicar por escrito cuál fue el camión que causó el atropello, el número de la placa, y la clase de camión; asimismo, si el camión era de la Infantería de Marina o de la BASE NAVAL, datos éstos que se necesitan con urgencia para finalizar esta investigación.—De usted atentamente (Fdo.) Cornelio Pineda Esquivia.—Inspector de Policía de Pie de la Popa".

"Este oficio tiene una leyenda que dice: I. de Marina Subrayado y en manuscrito y fue recibido en esta oficina procedente de la Ayudantía de la Base Naval.—En contestación al oficio anteriormente transcrito el Comando de la Repartición de Infantería de Marina lo cumplimentó en los puntos pertinentes con el oficio que se transcribe a

continuación: "FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA.—ARMADA NACIONAL. — REPARTICION INFANTERIA MARINA.—Cartagena, junio 24 de 1952. Número 158. B N I. IM|111. Asunto: Contestación oficio al señor Inspector de Policía Tercera Zona PIE DE LA POPA. Gn.—En relación con su oficio número 182 de fecha junio 21, me permito dar respuesta a su informe solicitado en el mencionado oficio. El ex-soldado Carlos Rojas fue licenciado en diciembre pasado, por tiempo de Servicio cumplido y se dirigió a Bogotá, ignorándose su dirección precisa.—En cuanto al camión estaba distinguido con la placa número 8-606 "Minguerra", tipo militar (sobrante de guerra), el que fue entregado a la sección de servicios de Puerto de la Base Naval A. R. C. "Bolívar".—Atentamente. (Fdo.) Teniente de Infantería Marina, Mario Mejía J.—Comandante Rep. Inf. Marina". Hay un sello.

"Este oficio fue enviado a la Inspección de Policía de Pie de la Popa en sobre cerrado con el estafeta de esta Repartición por ese entonces soldado Carlos Correal Medina.—(Fdo.) Cap. de Inf. MARIO MEJIA J.—Comandante Rep. Inf. de Marina". Hay un sello.

En lo atinente al daño mismo, o sea en cuanto a las lesiones sufridas por la actora en el accidente de que se responsabiliza civilmente a la Nación, obra en forma cierta para su demostración el dictamen de los médicos legistas, traído en legal forma al juicio y también así reconocido, el cual reza en lo pertinente:

"La señora FELISA GUERRERO DE KAYPA fue examinada en dos ocasiones, y rendimos el dictamen definitivo en la siguiente forma: Del estudio de las radiografías que vinieron adjuntas a su atento oficio que contestamos, radiografías que le fueron tomadas en el Hospital de la Base Naval de esta ciudad y marcadas con el número 1.708, practicadas la primera el 22 de mayo y la segunda el 23 de julio del año próximo pasado, se desprende que la señora Felisa Guerrero de Kaypa sufrió graves fracturas de los huesos que constituyen la pelvis, especialmente isquión y pubis de ambos lados, y que estas fracturas consolidaron defectuosamente. La señora Felisa Guerrero de Kaypa ha quedado con marcada dificultad para la deambulación y de todos los movimientos relacionados con las articulaciones pelvianas.—Existe por lo tanto **perturbación funcional permanente** para los movimientos señalados y especialmente la deambulación; y **deformidad física permanente** del cuerpo en movimiento, por las mismas causas anotadas.—Ha tenido **una incapacidad definitiva de SESENTA (60) días**".

Ahora bien: los elementos de convicción antes examinados, como lo dedujo el fallador de primera instancia al analizarlos para fundamento de su sentencia, constituyen prueba completa de que el vehículo automotor distinguido con la placa número 8-606 y la leyenda "MINGUERRA", al servicio de la Base Naval ARC "Bolívar" y conducido por un marino bajo la dependencia de esta última institución, ocasionó el siniestro automoviliario historiado en autos y como consecuencia del cual resultó con graves heridas la Guerrero de Kaypa. Por lo tanto, de los hechos acreditados en el proceso y de conformidad con los principios legales y jurisprudenciales aplicables al caso **sub-lite**, surge la responsabilidad civil del Estado colombiano por el accidente de constante cita, como también la obligación de indemnizar el perjuicio que se ha demandado de aquél por la parte actora, en cuanto éste se hubiere probado en el juicio.

Cabe agregar que a los autos no se adujo ningún medio probatorio para acreditar alguna de las causales eximentes de responsabilidad por la parte demandada.

La Sala no tiene reparo alguno para formular en lo atañedero a la cuantía de $ 2.000.00 que la sentencia señala como monto de la reparación por perjuicios morales no objetivados, pues esa regulación cae dentro del ámbito en que el Juez debe resolver **arbitrio judici**, sin traspasar el límite señalado por el artículo 95 del Código Penal y, de otra parte, el **cuantum** de esa indemnización se ha fijado teniendo en cuenta la magnitud del dolor causado, la condición social de la interesada, el grado de cultura y, desde luego, la gravedad —indiscutible en este caso— de las consecuencias ocasionadas a la víctima por el accidente, tal como lo predican constantes principios jurisprudenciales al respecto.

Por cuanto al proceso no se hubiere allegado prueba eficaz para la demostración de los perjuicios materiales reclamados por la actora, referentes al hecho de que por motivo del siniestro automoviliario hubiera tenido que perder y clausurar su taller de modistería, el Tribunal se abstuvo de hacer la condenación indemnizatoria sobre dicho particular.

Pero reconoció que ella quedó incapacitada para trabajar por el término de sesenta días, según dictamen médico-legal; y como en la parte motiva del fallo se advierte que la Nación es responsable, para el efecto de indemnizarlos, de los per-

juicios materiales causados a la Guerrero de Kaypa, pero sin determinar su monto, y en el dispositivo primero de la parte resolutiva de la misma sentencia se hace una condenación general (sobre pago de los daños), debe entenderse que los perjuicios materiales son los provenientes del tiempo durante el cual la demandante permaneció incapacitada para trabajar, lo cual significa que en tal lapso no obtuvo los ingresos correspondientes a su común actividad de costurera, de la que derivaba su subsistencia.

Por lo tanto, la damnificada liquidará el perjuicio material sufrido, por haber estado inhabilitada para trabajar por motivo del accidente durante dos meses, o sea, una suma equivalente —para cada mes— a la sexta parte de los ingresos que hubiere obtenido en sus ya dichas actividades en los seis meses anteriores al 21 de mayo de 1951. Si el demandado no acepta la liquidación motivada y especificada que deberá formular la Guerrero de Kaypa de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial, la regulación será hecha por el Juez oyendo peritos.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes el fallo proferido en este negocio por el Tribunal Superior de Cartagena, el 26 de septiembre de 1958.

Sin costas.

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

Luis Carlos Zambrano—Ramiro Araújo Grau. Efrén Osejo Peña—Carlos Peláez Trujillo—Jorge García Merlano, Secretario.

ACUMULACION DE ACCIONES SOBRE OPOSICION A UNA PROPUESTA DE CONTRATO PARA LA EXPLORACION Y EXPLOTACION DE POSIBLES YACIMIENTOS PETROLIFEROS, EN LOS CASOS DE LOS ORDINALES 1º A 4º DEL ARTICULO 398 DEL C. JUDICIAL

A primera vista, en los juicios de los particulares contra la Nación, con ocasión de la propuesta de contrato para la exploración y explotación de posibles yacimientos petrolíferos, se llenarían a cabalidad los requisitos mencionados, para decretar la acumulación con fundamento en el ordinal 1º del artículo 398 del C. J.; sin embargo, un examen un poco más detenido pone de manifiesto que no existe una necesaria vinculación entre los litigios, iniciados por distintas personas u opositores a la propuesta de contrato, respecto de varios predios, que se suponen comprendidos dentro del área solicitada por el presunto concesionario.

Si los opositores a una propuesta de contrato fundan sus pretensiones, o mejor, el derecho de dominio sobre el respectivo inmueble, en diversos títulos emanados del Estado, como mercedes, remates, composiciones, encomiendas, adjudicaciones, etc., etc., es obvio que no puede existir una necesaria vinculación o conexidad, porque la causa eficiente para cada uno de ellos es distinta; de tal manera que lo que se predica de uno, no se puede predicar, necesariamente, del otro, pues no basta la coincidencia de la causa ocasional o del hecho - condición, en el ejercicio de determinada acción, para establecer una necesaria vinculación o conexidad entre los distintos procesos, correctamente iniciados en forma separada, en virtud de haberse incoado por varios actores contra el mismo demandado, pero con fundamento en títulos diversos.

Ni siquiera la comunidad del título originario establece una vinculación o conexidad necesaria, porque los otros extremos esenciales para la prosperidad de las acciones sobre dominio del subsuelo petrolífero, pueden probarse o no por el respectivo opositor; así, por ejemplo, el inmuebe puede no quedar comprendido dentro del área de la propuesta, o no demostrarse la identidad y ubicación sobre el terreno, o no probarse la propiedad en la forma prevista en el aparte b) del artículo 36 del Decreto 1056 de 1953; por esto, no obstante la acumulación de los procesos, la sentencia puede favorecer a unos y a otros no, según se ve en algunos fallos, sin detrimento de la autoridad de la cosa juzgada, porque en estos litigios no concurren, según se ha visto, los requisitos o los elementos exigidos por el ordinal 1º del artículo 398 del C. J. para ordenar la acumulación; por el contrario, cuando sí se cumplen tales requisitos, el fallo a favor o en contra de uno, aprovechará o perjudicará a los otros, como necesaria consecuencia de la vinculación o conexidad de los litigios.

La acumulación ordenada o autorizada en el ordinal 2º del artículo 398 del C. J., tiene como fundamento el ejercicio por los mismos litigantes, de varias acciones concurrentes, pero deducidas a juicio en otros tantos procesos, en lugar de haberse efectuado la acumulación inicial, según lo previsto en el artículo 209 del mismo Código; pero esta acumulación objetiva de acciones presupone, como condición esencial que se trate de los MISMOS LITIGANTES, con identidad jurídica, por lo menos; y esto no ocurre en las oposiciones a las propuestas de contrato para la exploración y explotación de petróleos, respecto de terrenos considerados como baldíos, en las cuales concurren varias personas, vale decir, varios opositores y respecto de predios diferentes; en consecuencia, tampoco procede en este caso la acumulación prevista en este ordinal.

La causal de acumulación prevista en el ordinal 3º del mismo artículo, tampoco puede invocarse, porque exige que los litigios se hayan incoado entre los mismos litigantes, y, según se deja visto, los opositores son distintos.

Por razones de simple economía procesal, en orden al aprovechamiento de ciertas pruebas comunes, se puede decretar la acumulación con fundamento en la misma causa petendi; en este caso, con base en el origen de la propiedad del inmueble, cuando un grupo de opositores invoca el mismo título emanado del Estado, expedido antes de 1873, con el fin de justificar la propiedad de los hidrocarburos del subsuelo; y en esta hipótesis, la acumulación hallaría asidero legal en el ordinal 4º del artículo 398 del C. J. Sin embargo, la acumulación no podría fundarse en el hecho de afectar la propuesta de contrato a varios propietarios, porque esta circunstancia, como un simple hecho-condición, no demuestra o justifica la titularidad del derecho de dominio, alegado por los opositores, en punto a la explotación privada de los hidrocarburos subyacentes, sino que constituye una simple ocasión para deducir a juicio la acción de oposición a la propuesta de contrato, juntamente con las demás acciones sucesivas o consecuenciales.

Si la escueta afirmación de que se ha adquirido un determinado inmueble "antes del 28 de octubre de 1873 en virtud de títulos emanados del Estado y de la prescripción adquisitiva", bastase o fuese suficiente para establecer o demostrar la conexidad o vinculación entre los distintos juicios, se llegaría a la conclusión de que, con fundamento en tal modalidad, todos los juicios de oposición a las propuestas de contrato serían acumulables, porque todos se fundan en esa causa petendi genérica, general o abstracta, con el resultado de que sería físicamente imposible decidir todas las oposiciones en un solo juicio, respecto de distintos propietarios y en relación con distintos inmuebles, ubicados en todo el territorio de la República.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintidós de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña)

Mediante memorial de fecha 15 de julio pasado, el apoderado de Fermín Sanz de Santamaría ha solicitado se acumule el juicio incoado por su representante contra la Nación, respecto de los predios La Guajira, El Jordán y El Santuario, al promovido, también contra la Nación, por Paulina Dávila de Pardo, Julio, Enrique, Manuel y Alfonso Pardo Dávila respecto de varios inmuebles de la antigua hacienda de Tilatá, algunos de propiedad exclusiva de los actores y otros proindiviso entre algunos de ellos o entre todos.

Los dos juicios ordinarios de única instancia tienen por objeto obtener la declaración de que las distintas propiedades de los actores, salieron del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873; y que, por consiguiente, el Estado no puede celebrar contrato alguno con la compañía proponente, en virtud de que los hidrocarburos del subsuelo tienen la calidad de propiedad privada por la razón dicha.

La solicitud de acumulación se funda en los artículos 397 y 398 del C. J., los cuales regulan la acumulación de autos o procesos, separadamente iniciados, cuando guardan entre sí cierta vinculación o conexidad, o como dicen las disposiciones citadas, cuando de seguirse separadamente se divide la continencia de la causa, como sucede en los cinco casos descritos en el artículo 398 del Código citado.

El primero de ellos tiene por objeto evitar sentencias contradictorias entre las mismas partes, en relación con la misma acción que tiene el mismo objeto o idéntica causa petendi; en otras palabras, "cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro".

A primera vista, en los juicios de los particulares contra la Nación, con ocasión de una propuesta de contrato para la exploración y explotación de posibles yacimientos petrolíferos, se llenarían a cabalidad los requisitos mencionados, para decretar la acumulación con fundamento en el ordinal 1º del artículo 398 del C. J.; sin embargo, un examen un poco más detenido pone de manifiesto que no existe una necesaria vinculación o conexión entre los litigios, iniciados por distintas personas u opositores a la propuesta de contrato, respecto de varios predios, que se suponen comprendidos dentro del área solicitada por el presunto concesionario.

El éxito de las pretensiones de los opositores,

en esta clase de litigios, está condicionada a la demostración de los siguientes extremos, entre otros: a) título emanado del Estado antes del 28 de octubre de 1873, o del documento o instrumento oficial, expedido por autoridad competente, encaminado a acreditar "su existencia"; b) títulos de propiedad del opositor, siquiera durante el tiempo suficiente para que se consume la prescripción extraordinaria, a falta de la cadena de títulos desde el original hasta el actual; c) identificación y localización del globo de terreno amparado por el título emanado del Estado; d) identificación y ubicación, dentro del primitivo globo de terreno, de la parcela o predio de propiedad del opositor; e) superposición del área de la propuesta sobre el predio del opositor.

Si los opositores a una propuesta de contrato fundan sus pretensiones, o mejor, el derecho de dominio sobre el respectivo inmueble, en diversos títulos emanados del Estado, como mercedes, remates, composiciones, encomiendas, adjudicaciones, etc., etc., es obvio que no puede existir una necesaria vinculación o conexidad, porque la causa eficiente para cada uno de ellos es distinta; de tal manera que lo que se predica de uno, no se puede predicar, necesariamente del otro, pues no basta la coincidencia de la causa ocasional o del hecho-condición, en el ejercicio de determinada acción, para establecer una necesaria vinculación o conexidad entre los distintos procesos, correctamente iniciados en forma separada, en virtud de haberse incoado por varios actores contra el mismo demandado, pero con fundamento en títulos diversos.

Ni siquiera la comunidad del título originario establece una vinculación o conexidad necesaria porque los otros extremos antes enumerados, pueden probarse o no por el respectivo opositor; así, por ejemplo, el inmueble puede no quedar comprendido dentro del área de la propuesta, o no demostrarse la identidad y ubicación sobre el terreno, o no probarse la propiedad en la forma prevista en el aparte b) del artículo 36 del Decreto 1056 de 1953; por esto, no obstante la acumulación de los procesos, la sentencia puede favorecer a unos y a otros no, según se ve en algunos fallos, sin detrimento de la autoridad de la cosa juzgada, porque en estos litigios no concurren, según se ha visto, los requisitos o los elementos exigidos por el ordinal 1º del artículo 398 del C. J. para ordenar la acumulación; por el contrario, cuando sí se cumplen tales requisitos, el fallo a favor o en contra de uno, aprovechará o perjudicará a los otros, como necesaria consecuencia de la vinculación o conexidad de los litigios.

La acumulación ordenada o autorizada en el ordinal 2º del artículo 398 del C. J., tiene como fundamento el ejercicio por los mismos litigantes, de varias acciones concurrentes, pero deducidas a juicio en otros tantos procesos, en lugar de haberse efectuado la acumulación inicial, según lo previsto en el artículo 209 del mismo Código; pero esta acumulación objetiva de acciones presupone, como condición esencial que se trate de los **mismos litigantes**, con identidad jurídica, por lo menos; y esto no ocurre en las oposiciones a las propuestas de contrato para la exploración y explotación de petróleos, respecto de terrenos considerados como baldíos, en las cuales concurren varias personas, vale decir, varios opositores y respecto de predios diferentes; en consecuencia, tampoco procede en este caso la acumulación prevista en este ordinal.

La causal de acumulación prevista en el ordinal 3º del mismo artículo, tampoco puede invocarse, porque exige que los litigios se hayan incoado entre los mismos litigantes, y, según se deja visto, los opositores son distintos.

Por razones de simple economía procesal, en orden al aprovechamiento de ciertas pruebas comunes, se puede decretar la acumulación con fundamento en la misma causa petendi; en este caso, con base en el origen de la propiedad del inmueble, cuando un grupo de opositores invoca el mismo título emanado del Estado, expedido antes de 1873, con el fin de justificar la propiedad de los hidrocarburos del subsuelo; y en esta hipótesis, la acumulación hallaría asidero legal en el ordinal 4º del artículo 398 del C. J. Sin embargo, la acumulación no podría fundarse en el hecho de afectar la propuesta de contrato a varios propietarios, porque esta circunstancia, como un simple hecho-condición, no demuestra o justifica la titularidad del derecho de dominio, alegado por los opositores, en punto a la explotación privada de los hidrocarburos subyacentes, sino que constituye una simple ocasión para deducir a juicio la acción de oposición a la propuesta de contrato, juntamente con las demás acciones sucesivas o consecuenciales.

En los dos juicios, cuya acumulación se demanda, no se ha determinado de un modo preciso el título de adquisición, sino que de un modo general e incierto se afirma "que los adquirieron an-

tes del 28 de octubre de 1873 en virtud de títulos emanados del Estado y de la prescripción adquisitiva"; pero sin individualizarlo y especificarlo, requisito indispensable para establecer la vinculación o conexidad entre las distintas propiedades de los actores con el Estado, pues los títulos inmediatos, por ejemplo, las hijuelas, en virtud de haber adquirido el inmueble por herencia del mismo causante, establecerán una conexión entre los varios causa-habientes, pero no respecto del Estado, al cual, en cuanto atañe a la propiedad de los hidrocarburos del subsuelo, no le son oponibles los actos o contratos ajustados entre particulares, relacionados con la propiedad de la superficie; y como antes se ha dicho, en el caso del numeral 4º del artículo 398 del C. J., la acumulación se justifica por la comunidad, o mejor aún, por ser el mismo el título original expedido por el Estado, que en tal forma impone, con las consecuencias legales, una relación o vinculación jurídica con los opositores y con fundamento en el título determinado e invocado en la demanda.

Si la escueta afirmación de que se ha adquirido un determinado inmueble "antes del 28 de octubre de 1873 en virtud de títulos emanados del Estado y de la prescripción adquisitiva", bastase o fuese suficiente para establecer o demostrar la conexidad o vinculación entre los distintos juicios, se llegaría a la conclusión de que, con fundamento en tal modalidad, todos los juicios de oposición a las propuestas de contrato serían acumulables, porque todos se fundan en esa causa petendi genérica, general o abstracta, con el resultado de que sería físicamente imposible decidir todas las oposiciones en un solo juicio, respecto de distintos propietarios y en relación con distintos inmuebles, ubicados en todo el territorio de la República.

En mérito de lo expuesto, se niega la súplica hecha por el apoderado del actor Fermín Sanz de Santamaría para que se acumule el juicio iniciado por su mandante al que han incoado Paulina Dávila de Pardo, Julio, Enrique, Manuel y Alfonso Pardo Dávila, con ocasión de la propuesta de contrato número 872, formulada por la Texas Petroleum Company.

Notifíquese y cópiese.

Efrén Osejo Peña — Jorge García Merlano,

Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO. — VALOR PROBATORIO Y FINALIDAD, EN EL JUICIO CONTRADICTORIO QUE SE INICIE POSTERIORMENTE, DE LAS INSPECCIONES OCULARES PRACTICADAS POR FUNCIONARIOS DE LAS INSPECCIONES DE TRANSITO, Y DE LOS CONCEPTOS PERICIALES RENDIDOS CON OCASION DE AQUELLA

1. — El artículo 731 del C. J. autoriza la práctica de inspecciones oculares para futura memoria, con el fin de conservar testimonio fehaciente de ciertos hechos o circunstancias que el transcurso del tiempo haga difícil o imposible de esclarecer con posterioridad; sin embargo, para que esta diligencia tenga el valor probatorio señalado en el artículo 730 del C. J. es menester que se haya practicado con "citación personal de aquel contra quien haya de aducirse". Si bien las inspecciones oculares practicadas por funcionarios de las Inspecciones de Tránsito no se hacen con citación personal de los interesados, sí se practican con su conocimiento y en un proceso considerados como partes, en virtud de expresas atribuciones conferidas por la ley y los reglamentos a aquellos funcionarios, con el fin, precisamente, de deducir la correspondiente responsabilidad penal o civil a los autores del accidente o siniestro de circulación; y si además se considera que la inspección ocular tiene por objeto dejar testimonio de hechos transitorios, perecederos o fugaces, pero que, en un momento dado, caen bajo la percepción directa de los sentidos, al contenido de las actas de esta clase de inspecciones oculares debe atribuírse el valor probatorio que les asigna el artículo 730 del C. J., especialmente si, aducidas como prueba dentro del término probatorio del juicio contencioso, la contraparte no ha probado nada en contrario en cuanto atañe a los hechos de que da testimonio la diligencia practicada por el competente funcionario del orden administrativo.

Al concepto pericial rendido con ocasión de una inspección ocular practicada por inspector de tránsito, no puede atribuírsele el valor de plena prueba, porque no se ha cumplido con la formalidad de ponerlo en conocimiento de las partes, según lo ordenado por el artículo 719 del C. J.; sin embargo, "la diligencia así practicada constituye una presunción más o menos grave conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados", como lo expresa el artículo 732 del C. J., el cual, aun cuando se refiere a una inspección ocular practicada fuera de juicio, menciona la intervención de peritos o testigos, libremente designados por el juez; y en caso del dictamen pericial en los accidentes de tránsito, el funcionario no solamente designa los peritos, libremente escogidos, sino que les somete el cuestionario sobre los distintos puntos respecto de los cuales deben conceptuar, con la intención de esclarecer la verdad y determinar las causas del accidente de tránsito investigado, para la posterior apreciación de la culpa o responsabilidad entre los autores del accidente y la cuantía de los daños ocasionados.

En consecuencia, los hechos de que da testimonio la inspección ocular practicada por el inspector de tránsito juntamente con el concepto pericial rendido por los expertos, son bases suficientes para que, en el juicio contradictorio posterior y con el lleno de las formalidades legales, los peritos designados en este nuevo proceso, funden sus apreciaciones en aquellas diligencias, con el fin de determinar la culpa o responsabilidad de las partes, como también fijar la cuantía de los daños materiales y directos causados en el accidente, mencionados en las respectivas actas.

Si bien los peritos tienen la calidad de testigos abonados para fundar su concepto en hechos permanentes, por ellos apreciados directa y personalmente, no ocurre lo propio respecto de los transitorios, los cuales, por no existir ya en el momento de rendir el

concepto, deben reproducirse en el proceso como hechos históricos, mediante las pruebas adecuadas, para que los peritos puedan emitir el correspondiente concepto o hacer las deducciones que la técnica imponga.

2.—Desde el año de 1896 la Corte ha consagrado en forma continua la siguiente doctrina: "Las entidades de derecho público y las personas jurídicas no son capaces de cometer delitos o culpas que caen bajo la sanción del C. P., pero sí lo son de cometer culpas civiles, no ellas, sino sus agentes o representantes, y por lo tanto son responsables de los perjuicios que causen a las personas contra quienes se comete". (G. J. Tomo XLVIII, pág. 27).

Esta doctrina se deduce en forma lógica de la conjugación de los artículos 2341 y 2347 del C. C., en cuanto establece la obligación de reparar el daño causado por un delito o culpa, el primero; y el segundo, respecto de la responsabilidad indirecta de los patronos por los actos, hechos u omisiones de los subordinados, dependientes o empleados, incluyendo entre aquellos a las entidades de derecho público, en la forma definida en el artículo 2349 del mismo Código.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiseis de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña)

En virtud del recurso de apelación interpuesto por el Gobernador del Departamento del Huila, corresponde a la Sala revisar la sentencia del Tribuna Superior de Neiva, de fecha 22 de julio de 1958, por medio de la cual condenó al citado Departamento a pagarle a Alberto Suárez la suma de $ 2.585.00 como indemnización de los daños ocasionados en un bus de propiedad del actor, quien, por medio de apoderado, mediante libelo de 20 de noviembre de 1957, solicitó se hicieran las siguientes declaraciones y condenas;

"a) Que el Departamento del Huila es civilmente responsable de los perjuicios sufridos por mi mandante señor Alberto Suárez, con motivo de los daños causados al bus pulllman de su propiedad distinguido con las placas número X-71091, afiliado a la empresa de transportes "Transfederal Ltda." y destinado al servicio público, ocasionados por la camioneta al servicio del Departametno del Huila de placas número X-50081, conducida por el señor Rafael Rojas, empleado del Resguardo de Rentas Departamentales, en choque ocurrido en el punto denominado "Bretón", en la carretera que de La Jagua conduce a Altamira, hecho que tuvo lugar el día 18 de junio del presente año de 1957.

"Los perjuicios ocasionados consisten:

"1º—En el valor de los daños causados al bus pullman a consecuencia de choque ocurrido con la camioneta;

"2º—En los salarios pagados al ayudante y al conductor del bus en referencia, durante el tiempo que no pudo ser utilizado por estar sometido a reparación;

"3º—En las sumas dejadas de percibir por el señor Alberto Suárez durante el tiempo que el vehículo no pudo ser utilizado; y

"4º—En la depreciación o menor valor que afectó el vehículo por razón de los daños sufridos y con relación al accidente.

"b) Que por concepto de indemnización de tales perjuicios, ocasionados como se dijo anteriormente, el Departamento del Huila debe pagar a mi mandante señor Alberto Suárez, en su carácter de propietario del bus pullman de placas número X-71091 del Huila, la cantidad de CINCO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE, o lo que pericialmente se determine en el curso del juicio".

Como hechos básicos de la demanda, se adujeron los siguientes:

1º—El actor es dueño del bus de placas X-71091 del Huila con anterioridad al 18 de junio de 1957;

2º—El día 18 de junio de 1957, el mencionado bus chocó, en el sitio denominado "Bretón" de la carretera Jagua - Altamira, con la camioneta de propiedad del Departamento del Huila, distinguida con la placa número X-50081 y conducida por el chofer Rafael o Raúl Rojas, al servicio de la entidad demandada.

"**Tercero.**—A consecuencia del choque ocurrido entre los dos vehículos, el bus de propiedad de mi poderdante sufrió varios daños, consistentes en roturas y abolladuras de las latas, de la persiana, vidrios, etc., razón por la cual hubo necesidad de someterlo a reparación, labor que ocasionó una pérdida de tiempo superior a diez días. En este lapso, mi poderdante dejó de percibir los ingresos por utilidades diarias producidas por el bus y, además, tuvo que pagar a los dos trabajadores del vehículo, el chofer y ayudante, los salarios

que éstos venían devengando con anterioridad a la fecha en que ocurrió el accidente.

"**Cuarto.**—El choque se debió a imprudencia e impericia del trabajador al servicio del Departamento señor Raúl Rojas C., ya que iba manejando a velocidad excesiva, los frenos del vehículo que conducía se encontraban dañados y, en el acto mismo del accidente, no tuvo la pericia exigida de ordinario a un conductor para evitarlo".

Como fundamento de derecho invocó el título 34 del Libro 4º del C. C., Ley 38 de 1918; 167 de 1941.

El Gobernador del Departamento del Huila contestó la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones suplicadas; y en cuanto a los hechos, manifestó que ignoraba el primero y que los demás debía probarlos el actor.

Surtida en forma normal la primera instancia, el Tribunal de Neiva falló el pleito en esta forma:

"**Primero.**—DECLARASE que el Departamento del Huila es responsable de los perjuicios sufridos por el señor Alberto Suárez, con motivo de los dáños causados a un bus de su propiedad en el accidente ocurrido el 18 de junio de 1957;

"**Segundo.**—CONDENASE al Departamento del Huila a pagarle al demandante señor Alberto Suárez la cantidad líquida de dos mil quinientos ochenta y cinco pesos ($ 2.585.00) como indemnización de los daños que el vehículo de propiedad del Departamento le causó al bus pullman número X-71091 de propiedad del demandante Suárez; y

"**Tercero.**—No se hace condenación en costas por no haber lugar a ellas. (Artículo 575 del C. J.)".

Con el objeto de resolver la alzada, la Sala procede a examinar las pruebas presentadas en primera instancia, porque en segunda no se adujo ninguna, ni siquiera las partes alegaron.

1º—Mediante certificación de la Dirección de Transportes y Tránsito del Huila se ha probado que el bus con placa número X-71091, afiliado a Transfederal Ltda., aparecía matriculado como de propiedad de Alberto Suárez, el día 18 de junio de 1957; también, para la misma fecha, la camioneta con placa número X-50081 estaba al servicio del Departamento en la sección de obras públicas (fs. 12 C. número 2º);

2º—Consta que Rafael Rojas fue designado, mediante Decreto número 209 de 21 de mayo de 1956 de la Gobernación "para el cargo de Celador de Rentas Departamentales", del cual tomó posesión el primero de junio del mismo año (fs. 15 y 16 C. número 2º).

3º—El 18 de junio de 1957, fecha del accidente, Rafael Rojas Cuéllar continuaba al servicio del Departamento, según certificación del Secretario de Hacienda (fs. 14 vto. C. número 2).

4º—El 18 de junio de 1957, en el punto denominado Bretón, en la carretera de La Jagua-Altamira, como a las diez de la mañana, chocaron los vehículos antes mencionados; en la misma fecha, el Inspector de Tránsito, con la intervención de peritos, practicó una inspección ocular al lugar del accidente, dejando en el acta testimonio de la forma como fueron hallados los dichos automotores, de las distancias entre uno y otro, para llegar a esta conclusión: "Medida la anchura de la vía en el sitio donde chocaron los dos vehículos, sobre uña pequeña zanja que allí existe, se halló una anchura de vía aprovechable de cuatro metros con setenta y cinco centímetros" (fs. 5 y 6, C. número 1º).

5º—Los peritos designados por el Inspector de Tránsito, contestaron el interrogatorio sometido a su consideración, en cuanto atañe a los puntos sustanciales, así:

"Primero.—¿Cuál de los dos vehículos tenía en el momento del accidente prelación sobre la vía? ¿El bus pulman o la camioneta, y por qué?

"Respuesta.—La prelación sobre la vía la tenía el bus pullman porque venía subiendo y por ser un carro de pasajeros de bastante capacidad.

"Segundo.—¿Dirán los señores Peritos en qué estado hallaron los frenos y la dirección de ambos vehículos?

"Respuesta. — Los frenos del bus pullman en muy buenas condiciones, lo mismo que la dirección; los de la camioneta, estaban desgraduados, pues sólo le obraban los de la llanta trasera izquierda.

"Tercero.—En qué forma creen ustedes que se produjo el accidente, y cómo hubiera podido evitarse éste?

"Respuesta.—El accidente se produjo por velocidad de la camioneta, y luego al aplicarle los frenos el conductor, para detenerla, ésta se le fue ronceada sobre el bus dándole el golpe con la parte trasera izquierda de la caminoeta, y quedando el vehículo atravesado. El accidente habría podido evitarse, viajando a menos velocidad la camioneta.

"Sexto.—A los conductores, ¿a alguno de ellos le faltó pericia y habilidad para haber podido evitar el accidente?

"Respuesta.—Al conductor de la camioneta, le faltó pericia y habilidad para poder haber evitado el accidente, teniendo en cuenta las condiciones del terreno, la curva a la que iba a entrar, sin ninguna visibilidad, y que como iba bajando, debía tener la precaución de parar o mermar al menos la velocidad, pues el vehículo que pudiera venir en sentido contrario, tenía la prelación sobre la vía. En esta forma se habría podido evitar el accidente.

"Séptimo.—¿En cuánto avalúan ustedes los daños sufridos por cada uno de los vehículos accidentados?

"Respuesta. — Los daños sufridos por el bus pullman los avaluamos en la suma de QUINIENTOS ($ 500.00) PESOS MONEDA CORRIENTE, y los de la camioneta, en CINCUENTA ($ 50.00) PESOS MONEDA CORRIENTE."

Como el acta de la inspección ocular practicada por el Inspector de Tránsito el mismo día del accidente, y el dictamen de los peritos que intervinieron en la dicha diligencia, rendido al día siguiente (19 de junio de 1957), se presentaron con la demanda, en copias o duplicados tomados mediante papel carbón, con las firmas autógrafas; y como dentro del término hábil de primera instancia, el apoderado del actor expresamente solicitó que se tuviesen como prueba, punto resuelto por el Tribunal, en el sentido de que, "en cuanto fuere de derecho se estimarán como pruebas los elementos de juicio allegados con la demanda y con el memorial de pruebas....." (fs. 9 C. número 2), se considera que, por el aspecto puramente formal o de procedimiento, se han cumplido los requisitos legales; pero debe examinarse su mérito probatorio dentro de este juicio.

El artículo 731 del C. J. autoriza la práctica de inspecciones oculares para futura memoria, con el fin de conservar testimonio fehaciente de ciertos hechos o circunstancias que el transcurso del tiempo haga difícil o imposible de esclarecer con posterioridad; sin embargo, para que esta diligencia tenga el valor probatorio señalado en el artículo 730 del C. J. es menester que se haya practicado con "citación personal de aquel contra quien haya de aducirse". Si bien las inspecciones oculares practicadas por funcionarios de las inspecciones de tránsito no se hacen con citación personal de los interesados, sí se practican con su conocimiento y en un proceso considerados como partes, en virtud de expresas atribuciones conferidas por la ley y los reglamentos a aquellos funcionarios, con el fin, precisamente, de deducir la correspondiente responsabilidad penal o civil a los autores del accidente o siniestro de circulación; y si además se considera que la inspección ocular tiene por objeto dejar testimonio de hechos transitorios, perecederos o fugaces, pero que, en un momento dado, caen bajo la percepción directa de los sentidos, al contenido de las actas de esta clase de inspecciones oculares debe atribuírse el valor probatorio que les asigna el artículo 730 del C. J., especialmente si ,aducidas como prueba dentro del término probatorio del juicio contencioso, la contraparte no ha probado nada en contrario en cuanto atañe a los hechos de que da testimonio la diligencia practicada por el competente funcionario del orden administrativo.

Al concepto pericial rendido con ocasión de una inspección ocular, practicada por el inspector de tránsito, no puede atribuírsele el valor de plena prueba, porque no se ha cumplido con la formalidad de ponerlo en conocimiento de las partes, según lo ordenado por el artículo 719 del C. J.; sin embargo, "la diligencia así practicada constituye una presunción más o menos grave conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados", como lo expresa el artículo 732 del C. J., el cual, aun cuando se refiere a una inspección ocular practicada fuera de juicio, menciona la intervención de peritos o testigos, libremente designados por el juez; y en el caso del dictamen pericial en los accidentes de tránsito, el funcionario no solamente designa los peritos, libremente escogidos, sino que les somete el cuestionario sobre los distintos puntos respecto de los cuales deben conceptuar, con la intención de esclarecer la verdad y determinar las causas del accidente de tránsito investigado, para la posterior apreciación de la culpa o responsabilidad entre los autores del accidente y la cuantía de los daños ocasionados.

En consecuencia, los hechos de que da testimonio la inspección ocular practicada por el inspector de tránsito, juntamente con el concepto pericial rendido por los expertos, son bases suficientes para que, en el juicio contradictorio posterior y con el lleno de las formalidades legales, los peritos designados en este nuevo proceso, funden sus apreciaciones en aquellas diligencias, con el fin de determinar la culpa o responsabilidad de las partes, como también fijar la cuantía de los

daños materiales y directos causados en el accidente, mencionados en las respectivas actas.

Además, Lisandro Osorio y Zoilo Ramírez, bajo juramento, reconocieron las firmas puestas al pie de las cotizaciones presentadas con el memorial de pruebas, en las cuales consta, además el valor de las reparaciones, los daños causados al bus en la tapa del motor, en la persiana y en un guardabarro (fs. 13 C. número 2º).

También dentro del término de prueba de primera instancia, se practicó una inspección al lugar del accidente, la cual, en lo sustancial y como en ella misma se expresa, tuvo en cuenta la practicada por el Inspector de Tránsito el día del suceso, inclusive en cuanto al croquis presentado por los peritos.

Los peritos nombrados en primera instancia estimaron las reparaciones de los daños ocasionados al bus en el choque, en la suma de quinientos pesos; el lucro cesante, durante cinco días de suspensión de labores, en la cantidad de $ 585.00, a razón de $ 117.00 por día; los salarios pagados al chofer y al ayudante, en el mismo tiempo, setenta pesos; y la depreciación del vehículo en la suma de mil quinientos pesos, que en total asciende a $ 2.655.00.

Desde el año de 1896 la Corte ha consagrado, en forma continua, la siguiente doctrina: 'Las entidades de derecho público y las personas jurídicas no son capaces de cometer delitos o culpas que caen bajo la sanción del C. P., pero sí lo son de cometer culpas civiles, no ellas, sino sus agentes o representantes, y por lo tanto son responsables de los perjuicios que causen a las personas contra quienes se comete". (G. J. Tº XLVIII, pág. 27).

Esta doctrina se deduce en forma lógica de la conjugación de los artículos 2341 y 2347 del C. C., en cuanto establece la obligación de reparar el daño causado por un delito o culpa, el primero; y el segundo, respecto de la responsabilidad indirecta de los patronos por los actos, hechos u omisiones de los subordinados, dependientes o empleados, incluyendo entre aquellos a las entidades de derecho público, en la forma definida en el artículo 2349 del mismo Código.

Conforme a las pruebas antes mencionados, se ha puesto en evidencia la culpa del conductor Rafael Rojas, empleado del Departamento del Huila, por cuanto el accidente se efectuó por la concurrencia de tres factores, a saber: el mal estado de los frenos del vehículo oficial, que no operaban sino sobre la rueda izquierda trasera; una velocidad imprudente en tratándose de tomar una curva cerrada en una carretera estrecha; y la falta de pericia en la conducción del vehículo, pues no aprovechó los tres metros de vía que tuvo a su disposición para evitar la colisión con el bus de pasajeros, el cual, cerrando la curva por su derecha, quedó casi adosado al talud de la carretera, como se ve en los croquis levantados o dibujados por los peritos de la Inspección de Tránsito.

Demostrada la culpa del conductor del vehículo oficial, se procede a señalar la cuantía de los daños que debe pagar el Departamento al actor.

Los daños ocasionados por la colisión consisten en la abolladura de la cubierta del motor; desperfectos en las persianas y guarbarro, que los peritos estimaron en la suma de quinientos pesos, tanto los que intervinieron el día del accidente como los que emitieron concepto en el término probatorio de primera instancia.

Además, los peritos designados en este juicio, estimaron el lucro cesante en la suma de $ 585.00 y la depreciación del bus, como consecuencia del choque, en la suma de mil quinientos pesos, estimaciones aceptadas en la sentencia apelada, seguramente con fundamento en el primer inciso del artículo 721 del C. J., que dice: "Cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba".

En tratándose de un avalúo, para que el dictamen de los peritos haga plena prueba, se requiere que sea "explicado y debidamente fundamentado", exigencias que no se cumplen respecto del lucro cesante y de la depreciación que los peritos avaluaron, pero sin dar ninguna explicación ni citar el fundamento o base de su concepto.

En efecto, sin prueba alguna, los peritos suponen que el bus, como consecuencia del choque, estuvo parado cinco días; y también, sin dar ninguna explicación, afirman que las utilidades diarias del bus ascienden a la suma de $ 117.00; de donde deducen que el lucro cesante monta a la cantidad de $ 585.00. Para llegar a tal conclusión, los peritos debieron poner de manifiesto que, por la importancia de los daños, el bus no pudo trabajar durante esos cinco días, fundando tal afirmación, además, en pruebas fehacientes allegadas al juicio, porque no basta la escueta afirmación hecha por ellos, en tratándose de hechos pasados, que no percibieron directa y personalmente.

Respecto de la estimación del lucro cesante tampoco basta la mera afirmación, sino que debieron fundar su concepto en hechos concretos, como por ejemplo, determinar la capacidad del vehículo, el número de pasajeros transportados diariamente, el valor del pasaje pagado por ellos, los gastos de explotación, como gasolina, aceite, desgaste, etc., para luego deducir la utilidad líquida obtenida por el empresario, que debe tener la calidad de ser cierta y efectiva, no solamente la de meramente probable o posible.

En cuanto a la depreciación del vehículo de propiedad del demandante, tampoco se adujo una razonable fundamentación, para poner de manifiesto la relación de causalidad entre los daños ocasionados por el choque, con la depreciación del automotor; por el contrario, teniendo en cuenta los enumerados, ninguno de ellos es de tal magnitud para determinar una desvalorización tres veces superior al precio fijado para la reparación de la abolladura de la tapa del motor, los desperfectos de la persiana y la sustitución del guarbarro, que no son partes sustanciales o esenciales del bus.

En resumen, si bien los peritos tienen la calidad de testigos abonados para fundar su concepto en hechos permanentes, por ellos apreciados directa y personalmente, no ocurre lo propio respecto de los transitorios, los cuales, por no existir ya en el momento de rendir el concepto, deben reproducirse en el proceso como hechos históricos, mediante las pruebas adecuadas, para que los peritos puedan emitir el correspondiente concepto o hacer las deducciones que la técnica imponga; y como antes se dijo, faltan en este juicio las pruebas sobre el tiempo de suspensión de labores del vehículo accidentado y sobre la cuantía de las utilidades diarias, indispensables para que los expertos hubiesen tenido una base real y cierta, no puede aceptarse la cuantía de estas indemnizaciones fijada por los peritos con fundamento en meras conjeturas o hipótesis.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero.—Condena al Departamento del Huila a pagar a Alberto Suárez, mayor de edad y vecino de Neiva, la cantidad de quinientos pesos ($ 500.00) como indemnización por los daños ocasionados al bus de placa número X-71091 en el accidente de fecha 18 de julio de 1957, en el punto denominado Bretón de la carretera La Jagua a Altamira.

Segundo.—Se absuelve al mismo Departamento de los demás cargos formulados por el actor, en la demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Neiva el día 20 de noviembre de 1957.

Tercero.—En los términos anteriores queda reformada la sentencia apelada.

* * *

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

Luis Carlos Zambrano — Ramiro Araújo Grau. Efrén Osejo Peña — Carlos Peláez Trujillo. — Jorge García M., Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CAUSADOS POR LA OCUPACION PERMANENTE DE UNA PROPIEDAD PRIVADA CON MOTIVO DE TRABAJOS PUBLICOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau)

Se revisa en segunda instancia la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de 11 de septiembre de 1957, en la cual se condenó al Municipio de Andes a pagar al señor JULIO ARBOLEDA R. "como precio de las fajas de terreno ocupadas con la carretera al paraje de "Santa Rita", en el inmueble de su propiedad, la cantidad de $ 2.000.00, más los intereses legales de esta suma..." y "por concepto de perjuicios por los daños sufridos, la cantidad de $ 50.00 con los intereses legales de esta suma, desde la fecha de la demanda". Igualmente ordenó que "simultáneamente con el pago el señor Arboleda R. otorgará al Municipio escrituras de dichas zonas territoriales determinadas en el juicio".

De esa sentencia apeló el demandante Arboleda R. Es, además, consultable, de conformidad con el artículo 508 del C. J.

Ninguna de las partes presentó alegato.

Los hechos fundamentales de la demanda que dio lugar al presente proceso los extractó así el Tribunal:

"Que el demandante Arboleda R. es dueño de un predio rural, situado en el paraje 'Media Luna', del Municipio de Andes, compuesto por los cuatro lotes de terreno cuya ubicación y linderos se detallan en el numeral **primero** del libelo; que el terreno está aprovechado por cultivos de café, cañadulce, cacao, plátano, árboles frutales y pastos; que el Municipio de Andes en el año de mil novecientos cincuenta y dos y en todo caso antes de dos años de presentarse la demanda, inició la construcción de una carretera que conduce al Corregimiento o paraje de 'Santa Rita'; que con esta obra, de carácter municipal, se atropelló en forma violenta y contra su voluntad, la aludida finca territorial, 'ocupándola con algunas zonas o fajas y ocasionándole daños y destrozos de gran consideración', que con las variantes o desvíos del antiguo camino de herradura la carretera ocupó un total de dos cuadras de largo por quince varas de ancho, zonas que tienen un valor de DOS MIL PESOS ($ 2.000.00); que por motivo de la construcción se le obligó a destruír una casa de habitación, de tejas, bahareque y pisos de cemento y tablas; que por la misma causa le fueron destruídos cerca de tres mil (3.000) árboles de café, cercos de alambre en una extensión aproximada de diez y seis cuadras, un acueducto de atanores que conducía el agua potable a la casa de habitación; que, además, con la tierra y piedras que se arrojaron sobre la parte inferior le dañaron plantaciones de café y que en suma, los perjuicios sufridos por el actor y que el Municipio responsable se niega a reconocer, ascienden a la cantidad de TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS PESOS ($ 35.300.00), no obstante haber pagado una crecida suma por concepto de impuesto de valorización".

Las peticiones se formularon en el libelo de la siguiente manera:

"a) Que el Municipio de Andes está obligado a pagar a mi poderdante, dentro del término que la sentencia fije, la cantidad de treinta y cinco mil trescientos pesos m. l. ($ 35.300.00), más los intereses legales de dicha suma desde el momento de su exigibilidad hasta que el pago se verifique, como costo de la indemnización de perjuicios (Daño Emergente y Lucro Cesante), ocasionados con la ocupación de hecho y las destrucciones o daños verificados por la Administración Municipal de Andes en la finca de don Julio Arboleda R., según se explicó en los hechos que motivan esta demanda.

"b) Subsidiariamente solicito que el Municipio de Andes sea condenado a pagarle a mi mandante, por el concepto o concepto relacionados, la suma de dinero que sea justipreciada durante la tramitación del juicio o en otro diferente, bien por medio de la prueba pericial, o por otros medios, la indemnización debida a consecuencia de la ocupación por la Administración Municipal de

Andes de la zona o faja de terreno y de las destrucciones o daños arriba preindicados".

La demanda fue presentada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Medellín, pero pasó luego al Tribunal Superior del mismo Distrito, como consecuencia de un incidente de competencia negativa suscitado por aquel Tribunal.

La competencia de la Justicia ordinaria para conocer de esta controversia es indudable a la luz del Decreto 293 de 1957.

El Tribunal encontró establecido que la carretera Andes-Santa Rita, "aunque contó con la simpatía y colaboración de los propietarios de las tierras que iba a beneficiar y aunque, talvez, la iniciativa tuvo origen particular, fue y es una obra de carácter público como que el municipio de Andes, al patrocinarla, la decretó, la acometió y construyó. Así aparece de la prueba testimonial que obra al respecto y de la copia de la resolución número 3 de 23 de noviembre de 1950, de la Alcaldía de Andes, según la cual, éste prácticamente se constituyó en empresario de la carretera".

Igualmente encontró acreditado que la carretera ocupó varias fajas de terrenos del predio denominado "Media Luna" y que éste es de propiedad del demandante.

También halló comprobado que el fundo del demandante sufrió daños diversos, tales como la destrucción de una casa de habitación, de muchos árboles de café, de cercas de alambre, y de un acueducto.

En cuanto a la cuantía de los perjuicios alegados por el demandante, el fallador de primer grado dio pleno crédito a las conclusiones de los peritos Isaza y Atehórtúa. Por considerar que las excepciones perentorias alegadas por la parte demandada "no encuentran en el proceso hecho alguno que las sustente", el Tribunal las desechó.

Finalmente el Tribunal dio por establecido que la demanda se presentó dentro de los dos años siguientes a la realización de los hechos dañosos que le sirvieron de base.

Las anteriores apreciaciones del fallador de primer grado responden a la realidad procesal probatoria, y la Sala sólo puede discrepar de ellas con relación a los siguientes puntos:

A) **La condena respecto a la casa de bahareque y teja:** Uno de los objetos de la demanda es el valor de una casa de tejas y bahareque que el demandante afirma que fue obligado a demoler por orden de los ejecutores de la carretera. Pero no hay prueba plena sobre esa pretendida demolición forzada. Algunos testigos deponen sobre este punto, pero tan sólo afirman lo que le oyeron decir a Arboleda, y ninguno asevera que hubiera estado presente cuando éste recibió la supuesta orden de demolición.

En el acta de la diligencia de inspección ocular que se practicó sobre el terreno, es leè lo siguiente, con relación a la casa en referencia: ".....En este punto las partes estuvieron de acuerdo en la aseveración hecha de que existió una fonda de propiedad del señor Rafael Cadavid, la cual fue destruída con motivo de los trabajos de la carretera. Según lo expresado por el Alcalde y Personero, presentes en la diligencia, dicha fonda estaba construída en terrenos del Municipio y que por eso la había destruído, pero a su vez el señor Cadavid dice que la poseyó como señor dueño sin interrupción por más de treinta años".

Pero bien se ve que nada pueden probar las anteriores palabras respecto al punto de que se está tratando, puesto que se refieren a una fonda de un tal Rafael Cadavid, extraño por completo al proceso, y quien inexplicablemente aparece en la diligencia dando razón sobre la circunstancia de haber poseído fonda durante treinta años. Tal parece que el Tribunal que practicó la inspección involucró en esta acta cosas que pertenecían a un proceso similar.

Por todo lo dicho resulta evidente que no podía hacerse condenación alguna respecto a la casa de que se viene tratando.

B) **El valor de las zonas ocupadas por la carretera**

Los peritos Isaza y Atehortúa dieron a las tres zonas de la finca del demandante que ocupó la carretera, un valor total de $ 2.080.00. En virtud de auto para mejor proveer dictado por esta Sala, se practicó un nuevo avalúo sobre la finca de Arboleda, y los nuevos peritos, señores Guillermo Carvajal y Carlos E. Restrepo estimaron el valor de la hectárea de terreno de dicha finca en la suma de $ 1.750.00, por lo cual los 2.080 metros cuadrados de las tres zonas que ocupó la carretera, resultan tener un valor de $ 364.00, ya que el metro cuadrado aparece valiendo $ 0.175 (diez y siete centavos y medio). Estos nuevos peritos, a diferencia de los primeros, dieron una razonada fundamentación a sus conclusiones, las que, por lo demás, no fueron objeto de tacha alguna. Su avalúo debe, pues, ser preferido al de los otros.

Se impone, en consecuencia, reformar también esta parte de la providencia que se revisa.

Conviene anotar que la intervención de nuevos peritos era plenamente justificada, a la luz, tanto del artículo 600 del C. J. como del 719 ibidem, puesto que en esta segunda instancia ningún avalúo se había practicado. En el encabezamiento del auto se hizo alusión al artículo 718 del mismo Código, el cual permite al Juzgador pedir a los peritos, de oficio, ampliación o explicación de sus dictámenes. Sin duda el auto en referencia contiene en parte una orden de ampliación; pero por lo que se refiere al avalúo de la hectárea de terreno de la finca del demandante, era un típico auto para mejor proveer que podía ser cumplido por peritos distintos de los que primeramente intervinieron. Respecto a este punto los nuevos peritos no iban a dar explicaciones que sólo los primeros podían suministrar, sino simplemente, a rendir un nuevo peritaje, guiándose por sus propias luces.

Por las mismas razones, pueden aceptarse las conclusiones de estos peritos con relación al número de cafetos cultivables por hectárea en la región de la finca de Arboleda, y sus conclusiones al respecto vienen a corroborar o respaldar las de los primeros avaluadores por lo que hace al número de árboles destruídos, a los que les señalaron un valor que sin duda responde equitativamente al que por lo general suele asignársele a tales plantas; lo mismo vale decir respecto a la estimación de la cosecha perdida.

Fluye de las anteriores consideraciones que la sentencia de primera instancia debe ser reformada, puesto que nada debe responder el Municipio demandado por la demolición de la casa de bahareque, tejas, y ya que, por otra parte, el valor de las fajas que ocupó la carretera en la finca del demandante se redujo a $ 364.00. Como la casa había sido avaluada en $ 1.600.00, y los demás elementos del experticio distintos de las fajas de terreno, habían sido estimados en $ 11.550.00, a esta suma debe sustraérsele aquella, lo que reduce el importe de los perjuicios a $ 9.950.00.

Y como las zonas de la finca que ocupó la carretera quedaron con un valor de $ 364.00, la suma total a cargo del Municipio demandado vendría a ser la de $ 10.314.00. Ahora bien, por obra del artículo 268 del Código Administrativo, aplicable al caso sub-judice, lo mismo que los siete que le anteceden, en virtud del ya mencionado Decreto 293 de 1957, debe deducirse del monto de aquella suma la en que los peritos estimaron la valorización que adquirió la finca por razón de la carretera. Pero es el caso que la valorización fue estimada en $ 15.000.00, de donde resulta que nada tendrá que pagarle el Municipio al demandante, aun computando los $ 3.500.00 que ya había pagado por el impuesto correspondiente a dicha valorización.

En consecuencia de lo dicho resulta que, en definitiva, nada deberá pagar el Municipio de Andes al demandante Arboleda. Los perjuicios no sólo quedaron compensados con la valorización, sino que ésta superó a aquéllos.

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º—Fíjase en la suma de $ 364.00 el valor de las fajas de tierra de la finca del demandante Arboleda que ocupó la carretera Andes-Santa Rita, y en la suma de $ 9.950.00 el valor de los demás perjuicios que sufrió la misma finca; acreencias éstas a cargo del Municipio que quedan compensadas con la valorización que experimentó la aludida propiedad, por lo cual el Municipio nada deberá pagar al demandante;

2º—El demandante deberá otorgar al Municipio el correspondiente título de dominio;

3º—En los anteriores términos queda modificada la sentencia revisada.

Sin costas.

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

Luis Carlos Zambrano — Ramiro Araújo Grau.

Efrén Osejo Peña — Carlos Peláez Trujillo. —

Jorge García Merlano, Secretario.

FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. — EN EL CAMPO DE ESTA NO PUEDE SER CONSIDERADA COMO ACTIVIDAD PROPIA DE LA PERSONA MORAL DE DERECHO PUBLICO LA DE UN CHOFER AL SERVICIO DE LA MISMA Y, POR CONSIGUIENTE, LA RESPONSABILIDAD DE AQUELLA POR LOS HECHOS DE ESTE ES INDIRECTA. — REQUISITOS PARA QUE HAYA LUGAR A DEDUCIR RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO.—PRESUNCION DE CULPA. — A QUIEN CORRESPONDE DESTRUIRLA.—LA PRESUNCION DE LA RELACION CAUSAL RIGE FRENTE A LA PERSONA DEL CIVILMENTE RESPONSABLE, PERO NO FRENTE AL AUTOR DIRECTO DEL HECHO DAÑOSO, ENTRE CUYA CONDUCTA Y EL EVENTO PERJUDICIAL DEBE ACREDITARSE LA EXISTENCIA DE UN NEXO CAUSAL. — PACTO DE RESERVA DEL DOMINIO. — NATURALEZA DE LA PRUEBA DE INSPECCION OCULAR

1.—De acuerdo con conceptos doctrinales de general acatamiento y con los principios legales que dominan esta materia, son fuentes de la responsabilidad civil extracontractual: el hecho propio o hecho personal (responsabilidad directa); el hecho de personas que se encuentran bajo el cuidado o dependencia de otras (responsabilidad indirecta o refleja); el llamado hecho de las cosas animadas e inanimadas; el hecho proveniente de actividades o explotaciones peligrosas.

A lo anterior debe agregarse que las reglas sobre responsabilidad civil aquiliana consagrada en los artículos 2.341 y siguientes del Código Civil, tal como lo ha establecido la Corte de tiempo atrás, se aplican en lo pertinente no sólo a las personas físicas y a las jurídicas de derecho privado, sino también al Estado y demás personas jurídicas de derecho público; así, por ejemplo, los principios fundamentales de los artículos 2.347 y 2.349, que consagran la responsabilidad por el hecho ajeno con fundamento en los vínculos de subordinación y de autoridad, de vigilancia y de cuidado existentes entre el civilmente responsable y el autor del daño, se extiende también a estas últimas. La jurisprudencia nacional ha venido considerando que el hecho dañoso ejecutado por un empleado subalterno o dependiente como el chofer al servicio de las personas jurídicas de derecho público, compromete únicamente la responsabilidad de la Administración en forma indirecta, como "acto de otro" o por el hecho ajeno, mas no puede considerarse aquel como actividad propia de esas personas morales que las haga incurrir en responsabilidad civil directa. (Tomo LXXX, páginas 176 ss.; Tomo LXXXVII, páginas 142 siguientes).

Por lo tanto, tal extensión debe dársele a la regla consagrada en el artículo 2.347 del Código Civil, disposición especialmente invocada como fundamento de la presente acción, y la cual prescribe que toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado y bajo su dependencia. Se trata —como lo ha dicho la Corte en sentencia de 21 de marzo de 1955— "de una regla sobre los deberes que incumben a quienes ejercen autoridad sobre otras personas y que, por ello, están permanentemente responsabilizados por el correcto ejercicio de los poderes que esa misma autoridad les atribuye. Su responsabilidad, en consecuencia, no es necesario que arranque directamente del hecho cometido por el hijo, pupilo, empleado o dependiente, sino que se desprende de la culpa atribuída al padre o madre, tutor o curador o empresario, en la guarda que respectivamente les está encomendada".

Es ésta también la razón para que el inciso final del artículo 2.347 consagre la presunción de culpabilidad en contra de las personas a cuyo cargo corre el cuidado de la subordinada o dependiente, pues dicha disposición expresa —después de citar varias hipótesis por vía de ejemplo— que "cesará la responsabilidad de dichas personas si con

la autoridad y cuidado que su respectiva autoridad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho".

Mas para que haya lugar a deducir responsabilidad por el hecho ajeno en desarrollo de la norma legal precitada, según lo ha significado la doctrina (G. J., número 2.073, páginas 61 y 131) y lo anotan conocidos tratadistas, es menester la demostración de algunos requisitos esenciales que conlleva esta acción, los cuales señala el doctor Alvaro Pérez Vives (Teoría General de las obligaciones, Volumen II, página 322), así:

"Primero. Que la persona que causó el daño esté bajo la autoridad, poder de dirección, control, subordinación y cuidado, de la persona civilmente responsable.

"Segundo. Que el civilmente responsable tenga una obligación de vigilancia sobre el subordinado o dependiente.

"Tercero. Que el acto de la persona por quien se responde provenga de culpa delictual o cuasidelictual, y haya causado un daño. Sólo cuando existan estos tres requisitos puede decretarse la indemnización que pide la víctima".

Y dicho autor, más adelante agrega: "Por consiguiente, el civilmente responsable puede destruír la presunción de culpa, demostrando que falta alguno de los extremos en que se fundamenta; así, pues, puede demostrar que el autor del daño no estaba sujeto a su autoridad, poder de dirección y subordinación; que no tenía sobre él la obligación de vigilancia o que no le era posible ejercerla al cometerse el hecho; pero también puede demostrar la ausencia de culpa, en la forma prevenida por el inciso final del artículo 2.347".

Lo anterior significa que demostrado el daño, el hecho culposo del subordinado y el nexo causal entre ellos, se presume la culpa del civilmente responsable y la relación de causalidad entre esta culpa y el daño ocasionado, por lo cual corresponde al demandado la prueba de las causales eximentes, a quien, además, le queda abierto el camino para comprobar que el daño no se produjo por culpa del subordinado.

En cuanto al contenido de la presunción en análisis, se ha venido aceptando por reputados tratadistas de la materia que ella no sólo se refiere a la culpa del presunto responsable, sino también al hecho de la relación causal entre la conducta de éste y el hecho del dependiente que provoca el daño, culpa y relación de causalidad que está dispensada de probar la víctima. "Este punto de vista —advierte Peirando Facio en su obra Responsabilidad Extracontractual, página 527— es compartido, en la actualidad, por la doctrina más recibida que entiende que obligar a la víctima a probar el nexo causal, equivaldría a obligarle a probar la culpa en sí misma, puesto que, ¿cómo establecer que una falta de vigilancia o una mala elección ha causado el daño contra el que se recurre sin probar en sí misma la culpa en la vigilancia y en la elección? Esta consideración lleva a la doctrina actual a admitir que cuando la ley presume la culpa está presumiendo, al mismo tiempo y necesariamente, que esta culpa es causante del daño". Por lo tanto, la presunción de la relación causal únicamente rige frente a la persona del civilmente responsable, pero no frente al autor directo del hecho dañoso, entre cuya conducta y el evento perjudicial debe acreditarse la existencia de un nexo causal.

Los principios fundamentales que se dejan consignados, sin variantes de consideración, han sido expuestos por la jurisprudencia nacional en múltiples fallos, entre ellos en casación de 23 de junio de 1949.

2.—De conformidad con el artículo 1º de la Ley 45 de 1930, es válida la cláusula de no transferir el dominio (pactum reservati dominii) de los bienes muebles sino en virtud de la paga del precio, en las condiciones que tengan a bien estipular el comprador y el vendedor, sin perjuicio de los derechos de terceros poseedores de buena fe. La celebración de tal pacto implica, por lo tanto, que el vendedor continúa siendo propietario de la cosa mueble hasta el pago del precio por el comprador, como también que este último, mero tenedor de aquella, al satisfacer el precio, adquiere inmediatamente la propiedad de la misma. El pacto de reserva del dominio envuelve una condición suspensiva para la adquisición de la propiedad: el pago del precio. En consecuencia, al cumplirse esa condición, el comprador deja de ser mero tenedor y se convierte en propietario.

3.—La inspección ocular es una prueba de resumen de todas las circunstancias aprovechables para mayor acierto en el fallar, "de cuyo cumplimiento y modalidades da fe el mismo funcionario judicial en cuya presencia o por cuya percepción sensual han tenido ocurrencia".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, primero de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

Los señores León y Ernesto Preciado, obrando en su propio nombre y el segundo de los citados también en su calidad de gerente de la sociedad "Transportes Preciado Limitada", por medio de apoderado demandaron ante el Tribunal Superior de Ibagué al Departamento del Tolima, representado por el señor Gobernador de esa entidad de derecho público, para que en sentencia definitiva y previos los trámites de un juicio ordinario se hicieran las siguientes condenaciones:

"1ª A pagar a León y Ernesto Preciado Escobar y a la sociedad 'Transportes Preciado Limitada' la suma de trece mil setecientos ochenta y seis pesos con treinta centavos ($ 13.786.30) moneda corriente, valor en que fueron calculados los daños sufridos por el Camión Estacas, marca Ford, modelo 1954, Tipo F-900 de 192 pulgadas entre ejes, color verde, motor número F-900K-44-46817 V8. de propiedad de mis mandantes, por la compañía 'Tolima Motors Limitada', carro que fue destruído por una carrotanque de propiedad del Departamento del Tolima con placas oficiales número 233, y

"2ª A pagar a mis poderdantes la suma de cien pesos ($ 100.00) moneda corriente diarios como lucro cesante desde la fecha del accidente de que fue culpable el chofer oficial, hasta cuando se verifique el pago".

Como hechos fundamentales de la demanda se invocaron estos, en síntesis:

En la noche del 23 de septiembre de 1955 el camión que se especifica en la parte petitoria del libelo principal, conducido por César Parra Díaz y en tránsito por la carretera que de Ibagué se dirige a Girardot, sufrió grave accidente al chocar con un carro perteneciente al Departamento del Tolima y señalado con placa oficial número 233, el cual avanzaba en dirección contraria y a velocidad excesiva. Tal colisión se debió a que el chofer del vehículo oficial por la rapidez en su conducción, tuvo que frenar bruscamente y a consecuencia de ello se atravesó en la vía, golpeando con violencia al camión referido, al cual destruyó la parte delantera. Los daños causados los estimó la "Tolima Motors Limitida" en la suma de $ 13.786.30.

Llevada a término la correspondiente investigación por las autoridades de Circulación y Tránsito, señalaron éstas como único responsable del siniestro memorado al conductor del vehículo oficial. El automotor accidentado rendía un beneficio o provecho de cien pesos diarios, por lo cual el Departamento del Tolima debe resarcir el daño emergente y el lucro cesante antes determinados, pues el carro quedó inservible con motivo de la colisión.

En apoyo de las peticiones suplicadas en el libelo inicial del juicio, invocaron los actores los artículos 2.347, 1.614, 1.615 del Código Civil y los pertinentes del Código Judicial.

Además, acompañaron las siguientes pruebas: a) Copia de la escritura pública número 244, otorgada en la Notaría de Ambalema el 12 de septiembre de 1954, en virtud de la cual León y Ernesto Preciado constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada, bajo la razón social "Transportes Preciado Limitada" y gerenciada por el último de los nombrados, por un término de duración de tres años y con sede en el Municipio de Venadillo; b) Certificado del Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Honda sobre inscripción de la anterior sociedad en el registro público de comercio de dicha corporación, expedido el 7 de junio de 1955; c) Documento privado. debidamente estampillado y reconocido el 15 de septiembre de 1954 ante el Notario del Circuito de Honda, que recoge el contrato en virtud del cual León y Ernesto Preciado compran a la "Tolima Motors Limitada", con pacto de reserva del dominio a favor de la sociedad vendedora, el camión de anterior cita; d) Copias de algunas actuaciones practicadas dentro de la querella de policía formulada por César Parra Díaz contra Luis E. Espinosa y expedidas por el Secretario de la Dirección de Tránsito y Transportes del Tolima, a saber: de la diligencia de reconstrucción del suceso llevada a cabo por el Inspector de Circulación de Ibagué, con intervención de peritos, y de la de reconocimiento de los daños sufridos por el vehículo en cuestión; de la Resolución de 25 de octubre de 1955, por medio de la cual la referida Inspección declara responsable del accidente

a Luis E. Espinosa, conductor "del carro-tanque con placas oficiales número 233 del Tolima"; e) Copia de la diligencia de inspección ocular practicada por el Inspector de Policía de Gualanday el 24 de septiembre de 1955, en asocio de peritos, y relativa al mismo acontecimento; f) Actuación original de otra vista de ojos realizada por el Inspector Municipal de Policía y Tránsito de Venadillo, a instancia del Inspector de Circulación de Ibagué, sobre daños ocasionados al vehículo de los demandantes; g) Comunicación dirigida el 5 de marzo de 1956 por el Secretario de Obras Públicas del Departamento del Tolima a Ernesto Preciado, en respuesta a una carta que éste último le enviara sobre reclamación de perjuicios por el acaecimiento relatado; y h) Comunicación de la "Tolima Motors Limitada" a León Preciado, fechada el 28 de noviembre de 1955, que contiene el precio de varios accesorios de automóviles allí enumerados.

Admitido el libelo principal y corrido en traslado al señor Gobernador del Departamento del Tolima, fue aquél contestado en el sentido de negar algunos de los hechos que lo sustentan, aceptar otros y oponerse al pronunciamiento de las condenas suplicadas.

Durante la etapa probatoria del negocio, por petición de las partes trabadas en la litis, se recogieron las siguientes pruebas: declaraciones rendidas por Luis Jiménez, Rómulo Reyes, Carlos Helí Fonseca y Miguel Troncoso sobre capacidad de transporte y diario rendimiento del camión en referencia; certificado del Secretario de Obras Públicas del Departamento del Tolima en relación con la existencia —tanto actual como el día del suceso— de dos "carro-tanques" pertenecientes a dicha entidad de derecho público, como también sobre el carácter de conductor oficial de vehículos que tenía Luis A. Espinosa el 23 de septiembre de 1955; diligencia de inspección ocular con intervención de peritos atinente a los daños sufridos por el camión accidentado; declaraciones de Tobías Tafur y Luis E. Bonilla sobre buena conducta y ocupación habitual de Espinosa Suárez; certificación del Director de Transportes y Tránsito del Tolima relacionada con la fecha de expedición (10 de septiembre de 1952) y vigencia del pase de "chofer mecánico" concedido al prenombrado Espinosa, y de donde aparece que éste no ha sido sancionado por infracciones a los reglamentos de tránsito con anterioridad al 23 de septiembre de 1955; diligencia de inspección ocular con testigos actuarios sobre la libreta o pase de chofer expedido al mismo Espinosa, tendiente a constatar las cuestiones antes certificadas.

El Tribunal Superior de Ibagué desató el negocio mediante sentencia condenatoria pronunciada el 10 de junio de 1957, que en su parte resolutiva expresa:

"1º Condénase al Departamento del Tolima a pagar a León Preciado Escobar y Ernesto Preciado Escobar, mayores y vecinos del Municipio de Venadillo, la suma de doce mil trescientos pesos ($ 12.300.00) moneda corriente, en que fueron avaluados los daños materiales, por concepto de repuestos necesarios para la reparación y mano de obra en un taller, sufridos por el camión "ESTACAS", marca Ford, modelo 1954, Tipo F. 900 de 192 pulgadas entre ejes, color verde, motor número F-90 K-4 H-46817 V8, de propiedad de los demandantes, por la compañía "Tolima Motors Limitada", camión que fue destruído por un carro-tanque de propiedad del Departamento del Tolima demandado, con placas oficiales número 233.

"2º. Condénase igualmente al Departamento del Tolima a pagar a León Preciado Escobar y Ernesto Preciado Escobar, mayores y vecinos del Municipio de Venadillo, los perjuicios sufridos por la destucción del camión especificados en el numeral primero anterior, por razón del lucro cesante, esto es, por razón del provecho que han dejado de derivar con la explotación de dicho camión, desde la fecha del accidente, en veintitrés (23) de septiembre de 1955, hasta cuando se opere el pago del mismo provecho.

"La liquidación o determinación de dichos perjuicios se hará por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial, y teniéndose en cuenta todos los hechos y circunstancias anotados en esta sentencia. No es procedente la condena en costas".

Apelado el fallo anterior por el mandatario judical de la parte demandada, han llegado los autos a la Corte y surtídose allí el trámite de la segunda instancia, habiéndose dictado por esta Sala el 9 de julio de 1958, después de la citación a las partes para sentencia, auto para mejor proveer con el fin de esclarecer algunos puntos dudosos. En cumplimiento de lo ordenado en dicha providencia, mediante comisión al Tribunal Superior de Ibagué, se llevó a cabo una diligencia de inspección ocular en los archivos de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento del Tolima y en los de la Dirección de Tránsito y Transportes de esa misma sección del país, con el objeto de

verificar si el "carro-tanque" que el 23 de septiembre de 1955 llevaba la placa número 233, era del Departamento del Tolima y estaba en esa fecha a su servicio, como también si a dicho vehículo se le cambió posteriormente el número de la placa y cuál le correspondió de nuevo. También se solicitó y obtuvo una constancia de la Dirección de Tránsito ya citada sobre los puntos indicados.

Como el juicio se encuentra en estado de recibir sentencia definitiva, para dictarla se considera:

Los perjuicios reclamados por los actores se derivarían de la responsabilidad civil extracontractual en que pudo incurrir la entidad de derecho público demandada por el accidente ocurrido el 23 de septiembre de 1955, en el cual un vehículo perteneciente al Departamento del Tolima y conducido por un chofer al servicio del mismo, chocó con un camión de propiedad de los querellantes que sufrió serias averías.

De acuerdo con conceptos doctrinales de general acatamiento y con los principios legales que dominan esta materia, son fuentes de la responsabilidad civil extracontractual: el hecho propio o hecho personal (responsabilidad directa); el hecho de personas que se encuentran bajo el cuidado o depndencia de otras (responsabilidad indirecta o refleja); el llamado hecho de las cosas animadas e inanimadas; el hecho proveniente de actividades o explotaciones peligrosas.

A lo anterior debe agregarse que las reglas sobre responsabilidad civil aquiliana consagradas en los artículos 2.341 y siguientes del Código Civil, tal como lo ha esclarecido la Corte de tiempo atrás, se aplican en lo pertinente no sólo a las personas físicas y a las jurídicas de derecho privado, sino también al Estado y demás personas jurídicas de derecho público; así, por ejemplo, los principios fundamentales de los artículos 2.347 y 2.349, que consagran la responsabilidad por el hecho ajeno con fundamento en los vínculos de subordinación y de autoridad, de vigilancia y de cuidado existentes entre el civilmente responsable y el autor del daño, se extienden también a estas últimas. La jurisprudencia nacional ha venido considerando —y únicamente se citan aquí antecedentes de esa índole que guardan estrecha relación con el problema sub-judice— que el hecho dañoso ejecutado por un empleado subalterno o dependiente como el chofer al servicio de las personas jurídicas de derecho público, compromete únicamente la responsabilidad de la Administración en forma indirecta, como "acto de otro" o por el hecho ajeno, más no puede considerarse aquel como actividad propia de esas personas morales que las haga incurrir en responsabilidad civil directa. (Tomo LXXX, páginas 176 siguientes; Tomo LXXXVII, páginas 142 ss.).

Por lo tanto, tal extensión debe dársele a la regla consagrada en el artículo 2.347 del Código Civil, disposición especialmente invocada como fundamento de la presente acción, y la cual prescribe que toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado y bajo su dependencia. Se trata —como lo ha dicho la Corte en sentencia de 21 de marzo de 1955— "de una regla sobre los deberes que incumben a quienes ejercen autoridad sobre otras personas y que, por ello, están permanentemente responsabilizados por el correcto ejercicio de los poderes que esa misma autoridad les atribuye. Su responsabilidad, en consecuencia. no es necesario que arranque directamente del hecho cometido por el hijo, pupilo, empleado o dependiente, sino que se desprende de la culpa atribuída al padre o madre, tutor o curador o empresario, en la guarda que respectivamente les está encomendada".

Es esta también la razón para que el inciso final del artículo 2.347 consagre la presunción de culpabilidad en contra de las personas a cuyo cargo corre el cuidado de la subordinada o dependiente, pues dicha disposición expresa —después de citar varias hipótesis por vía de ejemplo— que "cesará la responsabilidad de dichas personas, si con la autoridad y cuidado que su respectiva autoridad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho".

Mas para que haya lugar a deducir responsabilidad por el hecho ajeno en desarrollo de la norma legal precitada, según lo ha significado la doctrina (G. J., número 2.073, páginas 61 y 131) y lo anotan conocidos tratadistas, es menester la demostración de algunos requisitos esenciales que conlleva esta acción, los cuales señala el doctor Alvaro Pérez Vives (Teoría General de las obligaciones, Volumen II, página 322), así:

"Primero. Que la persona que causó el daño esté bajo la autoridad, poder de dirección, control, subordinación y cuidado, de la persona civilmente responsable.

"Segundo. Que el civilmente responsable tenga una obligación de vigilancia sobre el subordinado o dependiente.

Tercero. Que el acto de la persona por quien se responde provenga de culpa delictual o cuasidelictual, y haya causado un daño. Sólo cuando existan

estos tres requisitos puede decretarse la indemnización que pida la víctima".

Y dicho autor, más adelante agrega: "Por consiguiente, el civilmente responsable puede destruír la presunción de culpa, demostrando que falta alguno de los extremos en que se fundamenta: así, pues, puede demostrar que el autor del daño no estaba sujeto a su autoridad, poder de dirección y subordinación; que no tenía sobre él la obligación de vigilancia o que no le era posible ejercerla al cometerse el hecho; pero también puede demostrar la ausencia de culpa, en la forma prevenida por el inciso final del artículo 2.347".

Lo anterior significa que demostrado el daño, el hecho culposo del subordinado y el nexo causal entre ellos, se presume la culpa del civilmente responsable y la relación de causalidad entre esta culpa y el daño ocasionado, por lo cual corresponde al demandado la prueba de las causales eximentes, a quien, además, le queda abierto el camino para comprobar que el daño no se produjo por culpa del subordinado.

En cuanto al contenido de la presunción en análisis, se ha venido aceptando por reputados tratadistas de la materia que ella no sólo se refiere a la culpa del presunto responsable, sino también al hecho de la relación causal entre la conducta de éste y el hecho del dependiente que provoca el daño, culpa y relación de causalidad que está dispensada de probar la víctima. "Este punto de vista —advierte Peirando Facio en su obra Responsabilidad Extracontractual, página 527 —es compartido, en la actualidad, por la doctrina más recibida que entiende que obligar a la víctima a probar el nexo causal, equivaldría a obligarle a probar la culpa en sí misma, puesto que, ¿cómo establecer que una falta de vigilancia o una mala elección ha causado el daño contra el que se recurre sin probar en sí misma la culpa en la vigilancia y en la elección? Esta consideración lleva a la doctrina actual a admitir que cuando la ley presume la culpa está presumiendo, al mismo tiempo y necesariamente, que esta culpa es causante del daño". Por lo tanto, la presunción de la relación causal únicamente rige frente a la persona del civilmente responsable, pero no frente al autor directo del hecho dañoso, entre cuya conducta y el evento perjudicial debe acreditarse la existencia de un nexo causal.

Los principios fundamentales que se dejan consignados, sin variantes de consideración, han sido expuestos por la jurisprudencia nacional en múltiples fallos. Y en uno de los ya citados (Casación de 23 de junio de 1949) dice la Corte: "...Para que haya lugar a esta responsabilidad por el hecho ajeno es necesario que se demuestren los tres elementos que esencialmente integran toda responsabilidad civil, esto es, una culpa que cause daño, y además, la existencia de un vínculo de subordinación entre una persona y la autora del daño. La culpa de la persona subordinada o dependiente es la fuente de la obligación indemnizatoria, y su prueba está sometida a las reglas generales; la culpa que presume aquí la ley es la de la persona que ella señala como responsable indirecta. En armonía con estos principios, e interpretando acertadamente las precitadas disposiciones del Código Civil (artículo 2.347 y 2.349) asentó el Tribunal que basta demostrar la situación de dependencia con relación al demandado, de la persona que ha incurrido en una culpa que ha causado un daño, en uno de los casos previstos por la ley, para que haya lugar a declarar la responsabilidad indirecta, pues en tal forma están reunidos los elementos que jurídicamente la configuran. Presumida legalmente de esta suerte la responsabilidad del tercero, por el obvio efecto probatorio que produce el juego de la presunción, deberá destruírla el demandado, como acontece con toda defensa o excepción, probando una de las causas capaces de exonerarlo de la responsabilidad presunta. Fuera de las que corresponden en relación con el hecho mismo del subordinado o dependiente para destruír la fuente de la obligación indemnizatoria, como la fuerza mayor o el caso fortuito, puede también defenderse probando la ausencia de su culpa, esto es, que tanto en la escogencia como en la vigilancia y cuidado de la persona dependiente de él que causó el daño, obró con diligencia y prudencia. Las personas enumeradas en el Art. 2.347 del Código Civil se pueden descargar de la presunción que pesó sobre ellas, demostrando que un hombre prudente y diligente, colocado en las mismas condiciones, no hubiera podido impedir el hecho..."

Antes de entrar al análisis de los elementos de convicción que se han traído al proceso con motivo del diálogo probatorio suscitado en las dos instancias, se impone el estudio previo de algunas razones aducidas por el mandatario judicial de la entidad demandada para solicitar la revocación de la sentencia condenatoria de primer grado.

Parece referirse el primer reparo a la circunstancia de que los demandantes León y Ernesto

Preciado carecen de legitimación en causa para demandar la indemnización de perjuicios que sufrió el camión en el choque conocido de autos, por cuanto aquellos lo compraron bajo el pacto **reservati dominii**, en virtud de lo cual serían simples tenedores y no propietarios del vehículo accidentado, calidad que alegan en la demanda.

Se observa:

De conformidad con el artículo 1º de la Ley 45 de 1930, es válida la cláusula de no transferir el dominio (**pactum reservati dominii**) de los bienes muebles sino en virtud de la paga del precio, en las condiciones que tengan a bien estipular el comprador y el vendedor, sin perjuicio de los derechos de terceros poseedores de buena fe. La celebración de tal pacto implica, por lo tanto, que el vendedor continúa siendo propietario de la cosa mueble hasta el pago del precio por el comprador, como también que éste último, mero tenedor de aquélla, al satisfacer el precio, adquiere inmediatamente la propiedad de la misma. El pacto de reserva del dominio envuelve una condición suspensiva para la adquisición de la propiedad: el pago del precio. En consecuencia, al cumplirse esa condición, el comprador deja de ser mero tenedor y se convierte en propietario.

Para la comprobación del dominio de los actores se acompañó a la demanda el documento correspondiente de anterior mención, en el cual consta la compra que éstos hicieron del automotor bajo el pacto de reserva del dominio a favor del vendedor hasta el pago total del precio (folio 6 del cuaderno principal). Ese documento, según aparece de la anotación marginal respectiva, fue cancelado por el vendedor el 6 de junio de 1956, es decir con anterioridad a la presentación de la demanda. De lo anteriormente expuesto se desprende que desde entonces ya existía en cabeza de los actores el dominio definitivo e incondicional del vehículo en mención, en cuya virtud carece de todo sustento el reparo en referencia.

Dice el apoderado judicial de la entidad demandada, al objetar el fallo por otra parte: "No se probó que el empleo del señor Espinosa consistiera en manejar precisamente el carro-tanque, y que por lo tanto estuviera en desempeño de sus funciones cuando ocurrió el accidente". Tampoco "se probó que el carro-tanque del choque fuera de propiedad del Departamento, ni estuviera en tenencia o posesión por éste".

Antes se advirtió que el artículo 2.347 del Código Civil especialmente invocado por los actores como fuente de la responsabilidad del Departamento del Tolima a través del chofer que conducía un vehículo perteneciente a dicha entidad el día del accidente, establece que toda persona es responsable, para efecto de indemnizar el daño, del hecho de aquellas que estuvieren a su cuidado y bajo su dependencia; tal el caso de empresarios o patronos. Dicha norma —se repite— consagra el principio de la responsabilidad indirecta de las personas naturales o jurídicas en virtud del lazo de subordinación y el correlativo de autoridad, del de control y vigilancia que existen entre el autor directo del hecho dañoso y el civilmente responsable.

Con posterioridad a la fecha en que formuló su alegato de bien probado el mandatario de la persona de derecho público demandada, se han traído al proceso medios probatorios que acreditan los extremos o requisitos para deducir por este aspecto la obligación indemnizatoria por parte del responsable reflejo.

Ante la inexplicable actitud asumida en este juicio por el Secretario de Obras Públicas del Departamento del Tolima, quien en un principio se negó a rendir el informe o certificación oficial que para la comprobación de los anteriores hechos ordenara el Tribunal Superior de Ibagué, y luégo suministrara tal infomación en forma inconcreta, esa Sala de la Corte dictó auto para mejor proveer que, entre otros ordenamientos, disponía la práctica de una diligencia de inspección ocular en los archivos de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento del Tolima, en asocio de testigos, especialmente dirigida a verificar si el carro-tanque que el día 23 de septiembre de 1955 llevaba la placa número 233 del Tolima, era o nó del Departamento del mismo nombre o estaba a su servicio en la referida fecha.

Del acta de esa vista de ojos, la cual por comisión llevó a cabo el Tribunal Superior de Ibagué, se deduce que al examinarse por el personal de la diligencia y en el aludido despacho el libro de entradas y salidas de los vehículos oficiales (página 67), se encontró constancia de que el carro-tanque distinguido con la placa número 233, "del servicio oficial del Departamento, salió de Ibagué con destino a Olaya Herrera a las cinco a. m. del día veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, manejado por el chofer Luis E. Espinosa, habiendo regresado a las cuatro p. m. del veinticuatro de septiembre, o sea al día siguiente". También aparece del acta de dicho reconocimiento judicial, según información obtenida en la predicha oficina, que el ve-

hículo en mención portaba en las antes anotadas fechas la placa número 233 que reglamentariamente no le correspondía, pues, por dificultades de orden administrativo, la respectiva autoridad de tránsito no había entregado en esos días la que debía llevar en forma definitiva, "siendo costumbre, por otra parte, ponerle a cualquier vehículo sin placa la correspondiente a otro diferente cuando el primero no la tenía o por cualquier otra circunstancia".

La prueba de inspección ocular tiene por objeto el examen y reconocimiento, para juzgar con más acierto, de las cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate, como lo expresa el artículo 724 del Código Judicial: ella es, según lo ha dicho la jurisprudencia nacional, una prueba de resumen de todas las circunstancias aprovechables para mayor acierto en el fallar, "de cuyo cumplimiento y modalidades da fe el mismo funcionario judicial en cuya presencia o por cuya percepción sensual han tenido ocurrencia".

Determinado el objeto de la diligencia en auto para mejor proveer y dentro de la órbita de atribuciones legales que permiten al Juez hacer durante la inspección investigaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, el Tribunal de Ibagué, valiéndose de medios directos de información (examen de libros, interrogaciones a los empleados de la oficina inspeccionada), de todo lo cual se dejó memoria detallada en el acta, pudo comprobar o verificar lo siguiente: que el 23 de septiembre de 1955, fecha en la cual ocurrió la colisión de vehículos de que dan cuenta los autos, estaba al servicio oficial del Departamento demandado el carro-tanque distinguido con la placa número 233 del Tolima, distintivo que no le correspondía según los reglamentos de tránsito; que ese automotor, manejado por Luis E. Espinosa, salió de Ibagué en tal día y sólo regresó al siguiente. En consecuencia, como de los hechos y circunstancias observados por el Tribunal da fe el acta respectiva, debe darse a ésta el valimento probatorio que le otorga la ley, tanto más si se considera que tales hechos pueden acreditarse por diversos medios de convicción.

Además, el vínculo de subordinación existente entre el autor directo del daño y el civilmente responsable fluye con más certidumbre si se conjuga la anterior probanza con la certificación expedida por el Secretario de Obras Públicas de la entidad demandada, pues de ésta aparece que en el mes de septiembre de 1955 Luis E. Espinosa "era chofer oficial bajo la dependencia del Departamento", sin que conste "cuál era el vehículo que manejaba el 23 de septiembre de 1955". (Fl. 37 del cuaderno número 3). En efecto, la duda que pudiera suscitar el aparte final de esa certificación, ha quedado plenamente esclarecida al producirse la prueba de inspección ocular, en cuanto de la misma se desprende que Espinosa conducía en tal día el carro-tanque que portaba la placa oficial número 233 del Tolima, al servicio del Departamento de ese mismo nombre.

En lo atañedero a la comprobación del accidente automoviliario y a la culpabilidad del autor directo del daño por consecuencia de aquel choque, hechos que encontró establecidos en el juicio el fallador de primera instancia, expresa el recurrente al impugnar la sentencia apelada y sus fundamentos, lo siguiente: que las copias de las diligencias presentadas por los demandantes para acreditar esos puntos básicos de la acción carecen de fuerza vinculante contra el Departamento del Tolima, tanto por haber sido éste ajeno a tales diligencias como por su falta de ratificación en el actual proceso; agrega, en síntesis y reiterando el anterior concepto, que en ellas no estuvo representada dicha entidad y ni siquiera fueron promovidas por los actores, sino por persona distinta, por lo cual no pueden constituír cosa juzgada contra el Departamento y menos para efectos civiles, más aún si se considera que esas pruebas "no provenían de un juicio ante Juez competente para conocer de causas en que sea parte, en cualquier forma, un Departamento, ni en el cual hubiera sido parte este Departamento".

El acta de la diligencia de inspección ocular practicada por el Inspector de Policía y Tránsito de Gualanday, cuya copia se acompañó en legal forma con la demanda, relaciona los hechos fundamentales del accidente o choque ocurrido en el sitio de las Meneses entre el carro de la Secretaría de Obras Públicas del Tolima de placa número 233 y el camión de los demandantes con placa número 2.135; se expresa allí que dicho funcionario se trasladó al lugar del siniestro en asocio de su Secretario y de peritos al otro día de su ocurrencia, pudiendo el personal de la diligencia verificar la verdad de lo sucedido, es decir, la posición en que quedaron los vehículos colididos, la dirección que llevaban en sus rutas dentro de la carretera, por cuál lado de ésta transitaban y los daños que sufrieron, los cuales allí se detallan.

No podría, desde luego, negarse valor de con-

vicción al acta de vista de ojos practicada por el Inspector de Gualanday respecto de los hechos allí relacionados, o sea los atinentes a la existencia del hecho dañoso y sus consecuencias, porque al cumplir dicho funcionario esa misión de esclarecimiento del accidente lo hizo en ejercicio de funciones oficiales, como son las que en este ramo de actividades corresponden a tales Inspectorías, pues para ellas no es ajena, sino propia, la función de control y vigilancia de vehículos por calles y carreteras. Tal diligencia revela, en suma, que el carro-tanque distinguido con placa número 233 del Tolima, manejado por Luis E. Espinosa, chocó violentamente con el camión con la placa número 2.135 del Tolima, conducido por César Parra, el 23 de septiembre de 1955 en Meneses, lugar situado en la carretera de Gualanday a Chicoral, y que como consecuencia del atropello sufrió el camión daños apreciables.

En lo tocante con la Resolución dictada por el Inspector Municipal de Circulación y Tránsito de Ibagué, también acompañada en copia a la contestación de la demanda, cabe decir que si bien no pueden aceptarse las condenas que ella contiene sobre culpabilidad del autor directo del daño y pago de perjuicios como hechas contra el Departamento demandado, pues carecía de competencia para proferirlas, sí, en cambio, dicho funcionario, podía constatar los hechos determinantes del choque automoviliario y establecer las pruebas correspondientes.

El Inspector de Ibagué, en su carácter de funcionario público, procedió a la investigación del accidente con el fin de comprobar la veracidad del denuncio que se le había dado sobre el particular y llegó a estas conclusiones, deducidas de la reconstrucción del suceso y demás circunstancias que lo rodearon: que el día 23 de septiembre de 1955 y en el sitio denominado Meneses, comprendido entre los corregimientos de Gualanday y Chicoral (Tolima), "el camión con placas número 2.135 del Tolima... sufrió daños graves con motivo del choque habido entre éste y el carro-tanque con placas oficiales número 233 del Tolima"; que "Luis E. Espinosa, conductor del carro-tanque oficial aludido, infringió disposiciones del Reglamento de Tránsito de este Departamento, lo cual dio lugar a que se produjera el accidente de que se ha hecho mención en este proveído. En efecto, el querellante Espinosa conducía un vehículo pesado como lo es el carro-tanque de marras, en horas de la noche, bajando, a una velocidad que oscilaba entre los cincuenta y setenta kilómetros por hora, velocidad ésta que no se compadecía con las circunstancias anteriores"; que, como si esto fuera poco, el dicho vehículo "transitaba por la izquierda" cuando se produjo la colisión; que no dio vía franca al otro motor que subía en sentido contrario, como era su deber; que, en resumen, "pretermitió imprudentemente varias formalidades que rigen para la conducción de vehículos en las carreteras del país", dando lugar a que se produjera la colisión.

Con fundamento en las anteriores diligencias administrativas, concordantes entre sí, dedujo el Tribunal de primera instancia la responsabilidad civil del Departamento del Tolima por el acto de su dependiente, otorgándoles a tales elementos valor de convicción respecto del accidente en cuestión.

No encuentra la Sala equivocada esa deducción, porque los hechos que la sustentan a su vez están amparados en documentos que se acompañaron en legal forma con el libelo de demanda y luégo se dispuso se tuvieran como prueba en este proceso; no fueron ellos desvirtuados en forma alguna por la parte contraria durante el debate probatorio y, además, emanan de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, quienes, dentro del ámbito de actividades que les son propias, procedieron a esclarecer el siniestro automoviliario, la forma y circunstancias como éste se produjo, con audiencia de los protagonistas del suceso, que es el mismo que ha originado esta acción. De la comprobación de tales hechos, demostrativos de la falta o error del conductor de un vehículo oficial del Departamento del Tolima que por tal comportamiento provocó el accidente, se ha deducido su culpabilidad, la cual presuntivamente recae sobre su empleador o responsable reflejo, es decir, la entidad de derecho público demandada. No se ha acreditado por parte de esta persona moral, en contrario de cuanto revela el proceso al respecto, alguna causal eximente de su responsabilidad, pues la simple circunstancia de que su dependiente estuviera provisto de la patente de conductor no es suficiente para acreditar la ausencia de culpa. Ha dicho la Corte en ocasión anterior (GACETA JUDICIAL, número 2.064, página 669) que "la ausencia de culpa no consiste en un hecho aislado y único de previsión, como el del empresario o dueño del vehículo cuyo chofer comete con su coche un atropello en la vía pública, que se disculpa alegando haber elegido para ese cargo a persona provista por las autoridades de la debida licencia. La patente es ape-

nas uno de los diversos y múltiples factores que en una situación determinada constituye en la realidad objetiva la noción de vigilancia. No obstante la expedición de la patente, que apenas acreditará la habilidad técnica del chofer, quedan por saber, porque de eso no da razón la patente, sus condiciones personales, la prudencia y cuidado con que frecuenta conducir, el estado normal de la máquina cuando emprendió el viaje etc. Es decir, toda una gama de circunstancias especiales en relación con el accidente de las cuales fluya en el Juez la convicción de que el dueño se comportó como hombre avisado y diligente, que no omitió preocupación ni cuidado en orden a garantizar el mejor servicio de su subalterno o empleado".

Si se pasa a estudiar la cuestión atinente a la cuantía de la indemnización debida a quienes sufrieron el perjuicio y en lo relacionado con el daño emergente, la Sala comparte el estudio y conclusiones que a este respecto contiene el fallo apelado, por haberse basado en el dictamen fundamentado y explicado rendido por dos peritos avaluadores en el curso de la primera instancia al justipreciar los perjuicios sufridos por el vehículo automtor de los demandantes, dictamen que reúne las condiciones exigidas por el artículo 721 del Código Judicial. Las partes no elevaron reparo alguno a las observaciones y estimaciones formuladas en dicha peritación. Además, tal estimación corresponde únicamente al costo de las distintas piezas del camión que deben remplazarse por consecuencia del daño, las cuales allí se señalan, y al valor de las obras de reparación necesarias. No vale argüir en contrario, como lo hace el recurrente en su alegato de conclusión, que el camión objeto del accidente no se identificó, por lo cual carece ese peritaje de valor alguno. Tanto en el acta de inspección ocular, como en el aludido dictamen, se señalan con claridad las distintas características del vehículo, tales como marca, modelo, tonelaje, serie, número del motor ,etc., que permitieron su identificación de acuerdo con los distintos datos del proceso que debían tenerse en cuenta para tal efecto.

En cuanto al lucro cesante, la sentencia apelada condena al Departamento del Tolima a pagar a los demandantes el provecho que han dejado de derivar con la explotación del camión, desde la fecha del accidente hasta el pago de dicho provecho, el cual se liquidará por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial, por cuanto las pruebas del juicio no permitían hacer sino esa condena en abstracto.

Mas parece lo más razonable que el período al cual debe extenderse el pago del lucro cesante, tal como lo ha decidido la Corte en fallos anteriores (GACETA JUDICIAL, número 2.017, página 897), sólo abarque un lapso comprendido entre la fecha en que quedó inutilizado el vehículo y el vencimiento de un término prudencial para su reparación. Por lo tanto, en el incidente de liquidación y para estimar el lucro cesante se tendrá en cuenta: el tiempo que, dada la naturaleza de los daños recibidos por aquél, era necesario para la reparación; y el valor promedio de lo que se demuestre que en ese tiempo ganaron otras personas dedicadas a la misma actividad y en vehículos de características similares a éste.

De los hechos acreditados en el informativo por las probanzas antes analizadas, resulta: que el autor directo del daño, al tiempo de la ocurrencia del siniestro automoviliario, era dependiente del Departamento del Tolima y estaba en ejercicio de sus funciones, o sea, en su carácter de chofer de la Secretaría de Obras Públicas de dicha entidad; que el daño se produjo por culpa exclusiva de aquél, entre otras causas, al provocar la colisión de los vehículos por el exceso de velocidad en la conducción del automotor oficial y transitar por el lado de la carretera que no le correspondía; que los perjuicios que se demandan, finalmente, provienen de ese hecho culposo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REFORMA parcialmente la sentencia apelada, dictada en este negocio por el Tribunal Superior de Ibagué con fecha 10 de junio de 1957, en los siguientes términos:

PRIMERO. Confírmase el ordinal 1º de la sentencia apelada;

SEGUNDO. Se reforma el ordinal 2º, el cual quedará así:

"2º. Condénase igualmente al Departamento del Tolima a pagar a León Preciado Escobar y Ernesto Preciado Escobar, mayores y vecinos del Municipio de Venadillo, los perjuicios sufridos por la parcial destrucción del camión especificado en el

ordinal 1º anterior, por razón del lucro cesante, esto es, del provecho que han dejado de derivar por la explotación de dicho vehículo desde la fecha del accidente, en 23 de septiembre de 1955, hasta el vencimiento del término que se acredite como prudencial para haberse llevado a cabo la reparación del mismo.

La liquidación del perjuicio correspondiente al lucro cesante, se regulará en incidente separado y mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo particularmente en cuenta las bases que se indican en la parte motiva de esta providencia. No es procedente la condena en costas".

No hay costas en la segunda instancia.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvanse los autos.

Luis Carlos Zambrano—Ramiro Araújo Grau—Efrén Osejo Peña—Néstor Pineda, Conjuez.—Manuel E. Escobar M., Secretario.

FACTORES QUE DEBEN TENER EN CUENTA LOS PERITOS AL MOMENTO DE ESTIMAR EL VALOR DE LA ZONA DE PROPIEDAD PRIVADA OCUPADA DE MODO PERMANENTE CON MOTIVO DE TRABAJOS PUBLICOS, PARA EFECTOS DE LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Cuando se trata de la indemnización de perjuicios por la ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos, el valor de la zona ocupada debe estimarse teniendo por base el que le correspondía antes de la construcción de la carretera, en función con el valor de la hectárea de terreno rural, para fijarle un precio justo, sin incluír la plusvalía ocasionada por la obra; porque de lo contrario, sería tanto como patrocinar un enriquecimiento indebido o sin causa.

Sin embargo, cuando se haga la liquidación definitiva, en la oportunidad prevista en el artículo 553 del C. Judicial, debe tenerse en cuenta el impuesto de valorización pagado por el actor, para deducirlo de la plusvalía de la finca por la construcción de la carretera, fijada por los peritos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña)

Ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Medellín, el apoderado de Rafael Cadavid Correa demandó al Municipio de Andes, con el objeto de que, mediante el procedimiento previsto en los artículos 261 y siguientes del C. C. A., se hicieran estas declaraciones:

"a) Que el Municipio de Andes está obligado a pagar a mi poderdante, dentro del término que la sentencia fije, la suma de treinta y cuatro mil seiscientos pesos m. l. ($ 34.600.00) más los intereses legales de esa suma desde el momento en que se hizo exigible y hasta que el pago se efectúe, como costo de la indemnización de perjuicios (Daño Emergente y Lucro Cesante), ocasionados con la ocupación de hecho y las destrucciones o daños verificados por la Administración Municipal de Andes en la finca de don Rafael Cadavid, según se explicó en los hechos que motivan esta demanda.

"b) Subsidiariamente pido que el Municipio de Andes sea condenado a pagarle a don Rafael Cadavid C., por el concepto o conceptos relacionados, la suma de dinero que sea justipreciada durante la tramitación de este juicio o en otro diferente, bien por medio de la prueba pericial, o por otros medios, como indemnización debida a consecuencia de la ocupación por la Administración Municipal de Andes de la zona o faja de terreno y de las destrucciones o daños arriba mencionados".

Los hechos en que fundó las anteriores súplicas, en síntesis, son los siguientes:

1º—El actor adquirió el inmueble "Medialuna" o "Tolima", ubicado en el Municipio de Andes y por las lindes descritas en este hecho, en el remate efectuado el 7 de octubre de 1943 en el Juzgado 2º del Circuito de Andes, dentro del juicio de sucesión de Juan E. Cadavid y Eva Molina Escobar de C.

2º—En el dicho predio, el demandante tiene varias sementeras de café, plátano, árboles frutales, etc., casa de habitación y "los establecimientos para el beneficio del café".

3º — A fines del año de 1952, el Municipio de Andes inició la construcción de una vía carreteable, con el objeto de unir a la cabecera con el Corregimiento de Santa Rita, ocupando una zona de la finca de propiedad del actor, de cuatro cuadras de largo por quince varas de ancho, cuyo valor estima en la suma de cuatro mil pesos.

4º—Con la construcción de la carretera se le ocasionaron al demandante graves daños, por la destrucción de tres mil cafetos en plena producción y graves perjuicios en los restantes "con la tierra y piedras que echaron a rodar sobre los cultivos de la parte inferior del predio", daños que estima en la suma de treinta mil pesos; también fija en cien pesos el valor de una cerca de alambre destruída y en quinientos pesos el valor de las maderas aprovechadas "para leña y para obras de la vía en cantidad apreciable...".

5º—El Municipio no ha pagado la ocupación de la zona ni los daños ocasionados; y, además, "co-

bró un fuerte impuesto o contribución de valorización", afirma el actor.

6º—Con los actos mencionados, dice el actor, el Municipio lo privó de una parte de su propiedad y del aprovechamiento de las mejoras o plantaciones destruídas, todo contra su voluntad y sin sentencia de expropiación ni indemnización previa.

Como fundamento de derecho el actor invocó el artículo 30 de la C. N.; los artículos 669 y 670 del C. C.; el artículo 67 de la Ley 167 de 1941.

El apoderado del Municipio demandado contestó la demanda oponiéndose a las condenaciones suplicadas. Respecto de los hechos manifestó que ignoraba el primero; el segundo debía probarlo el actor y los demás dijo que no eran ciertos; en fin, alegó las excepciones de inepta demanda, inexistencia de la obligación, ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandada y prescripción.

De acuerdo con el Decreto número 293 de 15 de febrero de 1956, el conocimiento del presente litigio pasó al Tribunal Superior de Medellín, el cual lo falló así, en sentencia de 21 de junio de 1957:

"Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

"Condénase al Municipio de Andes como constructor de la carretera Andes-Santa Rita, a pagarle a Rafael Cadavid Correa el valor de la faja de terreno de propiedad de éste, de tres (3) cuadras de extensión por cinco (5) metros de ancho, ocupada permanentemente con la vía, lo mismo que los perjuicios causados con la destrucción de mil (1.000) árboles de café de quince (15) años de edad, cincuenta (50) árboles de sombrío y una cerca de alambre de púas de una cuadra de extensión con sus correspondientes estacones.

"La condena se hace in genere para que se proceda a efectuar la correspondiente liquidación con posterioridad a la ejecutoria del fallo, para lo cual se tendrán en cuenta las bases anteriores.

"Una vez practicada la liquidación, la entidad condenada procederá a adoptar las medidas del caso para el debido cumplimiento de lo resuelto, en la forma y términos prescritos en el artículo 121 de la Ley 167 de 1941.

"El actor, señor Rafael Cadavid Correa, procederá una vez le sean cubiertos los valores indicados, a otorgar el correspondiente título traslaticio de dominio (artículo 269, L. 167 de 1941), de la faja de terreno en cuestión.

"Del valor de la indemnización reconocida por los conceptos indicados, se deducirá la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) en que los peritos estimaron la valorización de la finca de Cadavid Correa por la construcción de la carretera".

Esta sentencia debe revisar la Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por las dos partes y concedido en auto de fecha 23 de julio de 1957 (fl. 89, C. número 1º).

En primera instancia, el demandante adujo las siguientes pruebas:

a) Copia de la diligencia de remate del predio "Medialuna" o "Tolima", efectuado en el juicio de sucesión de Juan Evangelista Cadavid y Evangelina Escobar de C., el 7 de octubre de 1943, en el Despacho del Juez 2º Civil del Circuito de Andes (fls. 28, C. número 1º).

El acta de remate fue inscrita en los libros de registro número 1º y de Causas Mortuorias, con fecha 24 de octubre de 1944 (fls. 29 vto. ib.).

b) Certificación expedida por el Registrador del Municipio de Andes, en la cual constan las tradiciones del predio "Medialuna" desde 1916 hasta el 1º de marzo de 1954, fecha del memorado documento (fl. 26 ib.).

c) El día ocho de abril de 1954 (fl. 35 ib.), los tres Magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo llevaron a efecto una inspección ocular, en cuya acta se dejaron las siguientes observaciones:

"Acto continuo, y después de haber sido identificado de manera conveniente el inmueble, materia de la inspección, se dio lectura al memorial de pruebas del señor apoderado del demandante, en lo que hace relación a la expresada diligencia, así como al del señor apoderado del Municipio...".

Más adelante se lee: "También constató la Corporación que el inmueble del demandante Rafael Cadavid C., fue atravesado por la carretera que de Andes conduce al Corregimiento de Santa Rita, en una extensión de tres cuadras, extensión que fue medida por el espedómetro del jeep en que se trasladó la corporación; en toda la extensión de tres cuadras, en que la expresada carretera atraviesa la finca del señor Cadavid C., sigue aquélla un trazado que se aparta del antiguo camino viejo; y pudo observar también la Corporación que existen huellas demostrativas y recientes de que, con motivo de la construcción de la carretera, cayeron sobre partes de la finca del demandante piedras y tierras, que causaron daños en parte de los cultivos del señor Cadavid C. El señor Personero Municipal manifiesta que, si bien es verdad que la nueva carretera se separó

completamente y en todo el trayecto que atraviesa la finca del demandante, del antiguo camino viejo, la carretera reporta grandes beneficios al demandante porque le pasa cerca a su casa de habitación, quedando así con muy fácil acceso a dicha vía".

En acta adicional, el Tribunal dejó testimonio del reclamo hecho por el demandante Rafael Cadavid C., respecto de la destrucción de una fonda u hostería, con todos sus enseres, por los trabajos de la carretera.

Como el apoderado del Municipio pidió se recibiera declaración jurada a varios testigos, el Tribunal comisionó al juez civil del Circuito de Andes con el fin de que evacuara la prueba solicitada en la diligencia de inspección ocular.

d) Con los testimonios de Félix María Vélez, Mario Restrepo Ochoa, Martín Enrique Galeano, Canuto Restrepo García y Fernando Escobar Pérez (fs. 44 a 54 ib.) se ha probado que el Municipio de Andes construyó la carretera al Corregimiento de Santa Rita; que con tal fin, ocupó una zona de propiedad del actor; que con los trabajos de la dicha carretera, con la tierra y las piedras, se le ocasionaron daños en las plantaciones de café y plátano, como también se le destruyó una cerca de alambre y una fonda.

El testigo Félix María Vélez, después de mencionar la venta de una pequeña parcela a Bartolomé López, afirma esto: "Dicha vía atraviesa la finca de Rafael Cadavid en toda su extensión". (Fl. 45 vto. ib.).

Asimismo, Mario Restrepo Ochoa alude a la venta de un pequeño lote del predio, hecha por el actor, como antecedente para afirmar más adelante que la construcción de la carretera "...invadió la finca de propiedad de Rafael Cadavid en una zona de terreno que es más o menos la que figura en la pregunta que se me hace. Uno no puede decir exactamente cuándo mide dicha faja, pero sí es más o menos la que se me pregunta".

e) Con los testimonios presentados por el apoderado del Municipio, entre otros, con los de Marco Antonio Rivera Osorio, Francisco Aramburo Restrepo, etc. (fs. 39 a 41 ib.), se establece que los vecinos de la región recibieron, con gran alborozo y contentamiento, la noticia de la construcción de la carretera de Andes al Corregimiento de Santa Rita, por los beneficios y ventajas que lograrían los propietarios con la realización de la obra, que la aceptaron o no se opusiéron a la construcción, como ocurrió con el mismo demandante, Rafael Cadavid Correa.

f) Los peritos, en el concepto rendido en primera instancia, llegaron a las siguientes conclusiones:

1º Identificaron tanto el predio del actor como la carretera Andes-Santa Rita.

2º La citada carretera al pasar por la finca del demandante, ocupó una extensión de tres cuadras de largo por cinco metros de ancho. "En estas condiciones —dicen los expertos— la faja de terreno ocupada por la citada vía, de propiedad de Cadavid, la avaluamos en dos mil cuarenta pesos".

3º En cuanto a los daños, ocasionados con las tierras y las piedras que rodaron sobre las sementeras, los peritos avalúan en dos mil cien pesos, los mil árboles de café averiados; en cien pesos, los cincuenta de sombrío y en cuarenta pesos el alambre, estacones y mano de obra de una cuadra de cerca destruída.

4º Estimaron la valorización de la finca del actor, por la construcción de la carretera, en la suma de dos mil pesos.

g) Consta, de acuerdo con la certificación expedida por el Tesorero Municipal de Andes (fs. 31 C, número 2) que el demandante ha pagado, con imputación al impuesto de valorización, la suma de mil treinta y cinco pesos con treinta y cinco centavos.

El Tribunal, en la sentencia de primera instancia, condenó al Municipio en abstracto, porque el concepto pericial no lo encontró explicado ni debidamente fundado; y esta deficiencia no se ha subsanado, en segunda instancia, con la ampliación pedida a los peritos, porque no dieron una razón aceptable para fijar el precio de la zona ocupada en la suma de dos mil cuarenta pesos; por el contrario, al decir que la estimación se refiere a la época del dictamen, incluyeron la valorización del predio, adquirida por la construcción de la carretera, pues en el concepto de primera instancia dijeron: "La carretera construída en la parte de la finca de Cadavid, tiene unos ocho meses como tal". (Fl. 38 C. número 1).

El valor de la zona ocupada debe estimarse antes de la construcción de la carretera, en función con el valor de la hectárea de terreno rural, para fijarle un precio justo, sin incluír la plusvalía ocasionada por la obra; porque de lo contrario, sería tanto como patrocinar un enriquecimiento indebido o sin causa.

Sin embargo, cuando se haga la liquidación de-

finitiva, en la oportunidad prevista en el artículo 553 del C. Judicial, debe tenerse en cuenta el impuesto de valorización pagado por el actor, para deducirlo de la plusvalía de la finca por la construcción de la carretera, fijada por los peritos en dos mil pesos.

En cuanto a los daños ocasionados en los cafetales, para fijar un precio justo, se debe determinar la zona afectada por la tierra y piedras arrojadas, con el objeto de precisar el posible número de árboles afectados, cuyo precio se fijará de acuerdo con la edad, calidad de las tierras, y probable rendimiento.

Dentro del término probatorio de la segunda instancia, el apoderado del Municipio solicitó copia de la escritura número 911 de 4 de diciembre de 1944, otorgada en la Notaría del Circuito de Andes, en la cual consta que Rafael Cadavid C. vendió a Bartolomé López, por el precio de $ 480- una parcela del predio Medialuna; sin embargo, con esta prueba no se ha desvirtuado la presentada por el actor, la cual consiste, además del título, en el testimonio dejado por el Tribunal de lo Contencioso en la inspección ocular, en la cual expresamente se dijo: ".....que el inmueble del demandante Rafael Cadavid C. fue atravesado por la carretera que de Andes conduce al Corregimiento de Santa Rita, en una extensión de tres cuadras...."; en el concepto de los peritos, quienes expresamente afirman que la zona ocupada con la carretera pertenece al demandante; y, finalmente, en el testimonio de los declarantes Féliz María Vélez y Mario Restrepo Ochoa, quienes después de referirse a la parcela vendida, afirman que la carretera "atraviesa la finca de Rafael Cadavid en toda su extensión", el primero; y el segundo afirma el mismo hecho en la parte atrás copiada.

No obstante la deficiente o incompleta inspección ocular, practicada por el Tribunal de lo Contencioso sobre el predio, cuyas lindes ni siquiera determinó, el apoderado del Municipio, con la sola presentación de la escritura que contiene la venta de una parcela, no ha desvirtuado las demás pruebas analizadas, con las cuales se demuestra que la carretera ocupa una zona dentro del predio de propiedad del actor.

Probada, pues, la propiedad del inmueble, la ocupación de la zona por la carretera y los daños ocasionados en las plantaciones, se impone confirmar la sentencia de primera instancia, para que el valor de los perjuicios causados se determine en la forma prevista en el artículo 553 del C. J. con la aclaración antes mencionada, respecto del impuesto de valorización.

En mérito de las consideraciones hechas, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia protestada, con la aclaración ya mencionada.

Sin costas.

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

Luis Carlos Zambrano — Ramiro Araújo Grau. Efrén Osejo Peña — Carlos Peláez Trujillo — Manuel E. Escobar Melendro, Srio.

LA NACION NO ES RESPONSABLE DE LOS DAÑOS O PERJUICIOS QUE CAUSEN A TERCERAS PERSONAS LOS HECHOS QUE REALICEN AGENTES SUYOS EN REBELDIA CONTRA SUS SUPERIORES. — REQUISITOS PARA QUE QUEDE COMPROMETIDA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DE TERCEROS. — UNO DE LOS FACTORES QUE LA INTEGRAN ES LA RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA CULPA Y EL DAÑO. — EL COLOMBIANO MENOR DE EDAD QUE INGRESE AL SERVICIO ACTIVO, QUEDA EXCLUIDO DE LA PROTECCION PATERNA MIENTRAS DEPENDA DIRECTAMENTE DE LAS AUTORIDADES MILITARES

1.—La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros sólo quedará comprometida si el agente incurre en culpa y ésta resulta ser la causa de los perjuicios por que se demanda; pero puede quedar liberado de toda responsabilidad demostrando, "mutatis mutandi", la ocurrencia de las circunstancias eximentes contempladas en las partes finales de los artículos 2.347 y 2.349 del Código Civil.

Uno de los factores que integran la responsabilidad de una persona es la relación de causalidad entre la culpa y el daño.

2.—La Corte tiene sentada la doctrina de que, la Nación no es responsable de los daños o perjuicios que causen a terceras personas los hechos que realicen agentes suyos en rebeldía contra sus superiores. "Así —ha dicho— exigir responsabilidad al Estado cuando sus agentes actúan contra el orden y seguridad nacional, sería como exigir responsabilidad civil a un particular por las lesiones que un hijo, en caso de agresión contra su propio padre, cause a un tercero, o en el evento de un sirviente que al tratar de robar las joyas de su amo, rompiese el mueble de una persona distinta y en el cual dichas joyas se guardasen... Esta Sala de Negocios Generales ha sostenido que para deducir en tales circunstancias la responsabilidad de la Nación, es preciso que el acto de los agentes se haya realizado dentro del radio de las funciones que se les han encomendado o que al menos se haya ejecutado con ocasión del ejercicio aparente de tales funciones, siempre que entre ellas y el perjuicio exista un vínculo lógico y destacado... Si ... el empleado ha utilizado sus funciones con fines distintos al servicio, fuera, por tanto, de lo que puede considerarse como verdadero órgano aministrativo, deja de existir la responsabilidad de la administración (GACETA JUDICIAL, Tomo LXV, página 557-58).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre cinco de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

Por apelación del apoderado de los demandantes Manuel Orjuela A. y Eva Hernández de Orjuela, se revisa la sentencia proferida el 20 de abril de 1953 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, y en la cual se absolvió a la Nación, de los cargos que en la demanda habían formulado aquéllos.

Las peticiones hechas por los demandantes en el libelo fueron las siguientes:

"PRIMERA. Que la Nación colombiana, es civilmente responsable de todos los perjuicios morales y materiales, causados a mis poderdantes, o subsidiariamente a la propia víctima JORGE ENRIQUE ORJUELA HERNANDEZ (sic) por la muerte violenta que éste recibió el día treinta y uno (31) de diciembre del año de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), en el municipio de Cáchira-Norte del Departamento de Santander, cuando se hallaba en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, en comisión de orden público, como Cabo Primero del Batallón de Infantería 'García Rovira' número trece (13), al mando de la tropa acantonada en la nombrada población en la época de su trágico fallecimiento; perjuicios de que es responasble LA NACION por culpa civil

suya, o por hecho o culpa de alguno de sus dependientes, empleados o representantes, o bien por culpa realmente cometida por la NACION o por alguna de las personas mencionadas".

"SEGUNDA. Que, consecuencialmente, LA NACION está obligada a pagar, dentro del término legal que se fije en la respectiva sentencia, a mis mandantes MANUEL ORJUELA AGUDELO y EVA HERNANDEZ DE ORJUELA, o a quienes representen sus derechos, la suma que se fije dentro del juicio por peritos, a la indemnización de todos los perjuicios que se les han ocasionado por la trágica muerte de su hijo JORGE ENRIQUE ORJUELA HERNANDEZ".

"TERCERA. Subsidiariamente al punto anterior, que LA NACION está obligada a pagar dentro del término legal que se determine en la sentencia, a la sucesión del desaparecido JORGE ENRIQUE ORJUELA HERNANDEZ representado por sus padres MANUEL ORJUELA AGUDELO y EVA HERNANDEZ DE ORJUELA, la suma que se determine dentro del juicio ,a la indemnización de los perjuicios sufridos o derivantes de la muerte violenta que recibió el nombrado Jorge Enrique Orjuela Hernández".

Para sustentar tales peticiones adujeron los siguientes fundamentos de hecho:

"a) Jorge Enrique Orjuela Hernández, el extinto, es hijo legítimo o legitimado de Manuel Orjuela Agudelo y de Eva Hernández de Orjuela;

"b) El desaparecido Jorge Enrique Orjuela Hernández, nació el quince (15) de septiembre del año de mil novecientos veintiocho (1928)...;

"c) Mis poderdantes Manuel Orjuela Agudelo y Eva Hernández, contrajeron matrimonio católico, en la Parroquia del mismo barrio de las Nieves de Tunja, el catorce (14) de abril del año de mil novecientos cuarenta y tres (1943) y en la respectiva acta de matrimonio fue reconocido Jorge Enrique Orjuela Hernández como hijo de los contrayentes, quedando, por tal, legitimado;

"d) Manuel Orjuela Agudelo, frisa en la actualidad en los cuarenta y siete años aproximadamente ...;

"e) Eva Hernández de Orjuela, tiene aproximadamente cincuenta años...;

"f) El extinto Jorge Enrique Orjuela Hernández ingresó a las filas del Ejército Nacional, en el Batallón de Infantería número 13 'GARCIA ROVIRA', el día primero (1º) de dicembre del año de mil novecientos cuarenta y seis (1946), es decir, cuando apenas había cumplido los diez y ocho (18) años y unos días, pues en dicha fecha y año fue reclutado, obligándosele a prestar su servicio militar; de la ciudad de San Gil, en donde se le reclutó, fue trasladado a la de Pamplona y de allí, ya como Cabo Primero del Ejército Nacional, se le entregó el mando de una guarnición de quince soldados que debía trasladarse a la población de Cáchira-Norte, en comisión de orden público;

"g) Jorge Enrique Orjuela Hernández fue ascendido de simple soldado raso, a Cabo Segundo del Ejército el día diez y seis (16) de julio del año de mil novecientos cuarenta y siete (1947), como lo constata el artículo 945 de la orden del Batallón número 162 de dos (2) de los citados mes y año. Posteriormente, con fecha diez y seis (16) de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), por el artículo 932 de la orden del Batallón número 184 del mismo día diez y seis (16) de agosto del año mencionado, fue ascendido al grado de Cabo Primero del Ejército, y con esta categoría llegó con la tropa a su mando a la población de Cáchira Norte, en cumplimiento de órdenes de sus superiores y en comisión urgente de orden público;

"h) El día del trágico fallecimiento del Cabo Primero Jorge Enrique Orjuela H., que lo fue el treinta y uno (31) de diciembre del año de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), hubo en la mentada población de Cáchira Norte alguna fiesta de importancia, por cuya razón el Cabo Orjuela le dio salida a los soldados que comandaba, y horas después fue noticiado el Cabo de que en algún lugar de la población, dos soldados estaban riñendo, por lo cual el Cabo Orjuela se dirigió inmediatamente al lugar donde se le había informado que los dos soldados estaban en molestia, los desarmó de sus yataganes y ordenó que todos los soldados se dirigieran al cuartel, pero como allí los mentados dos soldados continuaran ofendiéndose de palabra, el aludido Cabo Orjuela, para ponerle fin al incidente, resolvió hacerles a los soldados algunos ejercicios militares y dispuso que salieran a la calle con tal fin; cuando el Cabo se disponía también a salir a la calle, sintió un disparo de fusil en la calle, hallando luégo a un soldado muerto y a otro herido; era que el soldado Bidacio Valderrama, uno de los contrincantes, había disparado contra su contendor. Ante semejante situación, el Cabo Orjuela dio orden inmediata para acuartelar la tropa, dejando a un soldado para atender al soldado muerto y al herido, y, como no supiera cuál de los soldados había sido

el homicida, se dedicó, ya dentro del cuartel, a examinar todos los fusiles para descubrir cuál presentaba huellas recientes de haber sido disparado y así determinar al soldado agresor; cuando estuvo cerca al soldado Bidacio Valderrama, como notara a éste bastante nervioso, le manifestó si él había sido el del hecho; el soldado Valderrama dio entonces dos pasos atrás y le tendió el fusil al Cabo, y como éste se lanzara a cogerle el fusil, el soldado Bidacio Valderrama le hizo el disparo que inmediatamente acabó con la vida del Cabo Jorge Enrique Orjuela Hernández; las últimas palabras que alcanzó a pronunciar el infortunado Cabo, fueron las encaminadas a encargar el mando de la tropa al soldado más distinguido de la guarnición que comandaba.

"i) El Cabo Jorge Enrique Orjuela H., por la época de su fallecimiento devengaba un sueldo mensual de ciento treinta pesos ($ 130.00) libres, fuera de muchas otras prestaciones y auxilios inherentes a la jerarquía que ocupaba como Cabo Primero del Ejército Nacional.

"j) Jorge Enrique Orjuela H., destinaba la mayor parte de su sueldo que devengaba en el Ejército, para atender a la subsistencia y demás necesidades de sus padres; era el único hijo varón que tenían mis poderdantes, y el único, por ende, que los sostenía y auxiliaba, así pecuniariamente como con cuidados y atenciones, que sólo un buen hijo puede suministrar a sus padres;

"k) Mis mandantes, han sufrido considerables perjuicios tanto materiales como morales, por la muerte del único hijo que los amparaba, pues se han visto privados, desde su fallecimiento, no sólo del apoyo material para cubrir sus elementales necesidades, sino del afecto de su hijo, lo que les ha causado graves trastornos morales y materiales..."

l) Jorge Enrique Orjuela H., fue reclutado y obligado a prestar el servicio militar, sin que estuviera obligado a ello, como quiera que era el único hijo varón de mis poderdantes y el que proveía a la subsistencia y cuidado de éstos, fuera de que se le hizo ingresar al Ejército en la población de San Gil, en donde apenas se hallaba de tránsito, ya que su domicilio y el de sus padres era en esa época la ciudad de Miraflores, y cuando aún no había llegado a la mayor edad, que apenas tenía diez y ocho años y cuarenta y cinco días, es decir, que la Nación, por conducto de sus empleados, dependientes o representantes y valiéndose de la fuerza pública, lo hizo ingresar a las filas del Ejército colombiano a prestar un servicio a que no estaba obligado legalmente, por las razones que se han dejado expuestas;

"ll) El Cabo Jorge Enrique Orjuela H., falleció en ejercicio de sus funciones y en cumplimiento de una misión de orden público que se le había encomendado y únicamente por actuaciones inherentes y propias de su cargo, como Cabo Primero del Ejército, y fue muerto a manos de un soldado que hacía parte de la guarnición que comandaba, que también pertenecía al Ejército colombiano y quien empleó para el disparo fatal, la misma arma con que el Gobierno lo había dotado; y,

"m) El soldado homicida, Bidacio Valderrama, disparó su fusil contra el Cabo Orjuela en momentos en que éste ejercía sus funciones de Cabo Primero del Ejército y por razón de estas funciones, habiéndose adelantado la investigación penal respectiva, en el Comando Militar de la Brigada de Bucaramanga".

Como puede apreciarse, con la demanda se pretende deducir responsabilidad al estado colombiano por el hecho culposo de agentes suyos que, al ser la causa de la muerte del Cabo Jorge Orjuela, hijo de los demandantes, dejó privados a éstos de la ayuda económica que aquél les suministraba.

Se trata, pues, de la hipótesis contemplada por los artículos 2.347 y 2.349 del Código Civil, sobre responsabilidad por el hecho de terceros, cuya aplicación al Estado ha sido admitida de tiempo atrás por la jurisprudencia de esta Sala.

Ha precisado esta jurisprudencia que, como es obvio, la responsabilidad del Estado sólo quedará comprometida si el agente incurre en culpa y ésta resulta ser la causa de los perjuicios porque se demanda; pero puede quedar liberado de toda responsabilidad demostrando, "mutitis mutandi", la ocurrencia de las circunstancias eximentes contempladas en las partes finales de los artículos 2.347 y 2.349 del C. C.

El Tribunal admitió y con toda razón, que indudablemente las autoridades de reclutamiento de San Gil incurrieron en culpa al llevar a filas a Jorge Enrique Orjuela, contra su voluntad, y no obstante no tener la edad reglamentaria. Pero encontró que cuando ocurrió la trágica muerte de éste, dos años después de su dada de alta, ya había vencido el término legal del servicio militar, y Orjuela había sido objeto de dos ascensos, el primero a Cabo Segundo, todavía dentro del primer año, y luégo a Cabo Primero, estando vencido este lapso, para lo cual tuvo necesariamente que reengancharse al Ejército de manera voluntaria. Además, afirma que si bien cuando tuvo

lugar el primer enganche apenas tenía 18 años, y por tanto fue ilegal, sus padres y él mismo, habían podido hacer el reclamo del caso para obtener la baja, pero no lo hicieron. Por todo lo cual estima que la primitiva culpa de los funcionarios reclutadores ninguna influencia tuvo en la trágica muerte del hijo de los demandantes.

Las circunstancias que rodearon dicho deceso las aceptó el Tribunal con base en el auto de proceder dictado contra el soldado Valderrama y cuyos fundamentos probatorios se allegaron al expediente. En lo pertinente reza así dicho auto:

"JUZGADO SUPERIOR MILITAR.—QUINTA BRIGADA.—BUCARAMANGA.—Julio veintisiete de mil novecientos cuarenta y nueve.—VISTOS: Las diligencias sumarias contra el soldado BIDACIO VALDERRAMA, por el delito de doble homicidio y lesiones personales, fueron iniciadas en el municipio de Cáchira (Norte de Santander) el mismo día de los hechos, treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho.—La instrucción fue cerrada el veintinueve de enero del presente año y el señor Fiscal conceptuó el día ocho de julio. Corresponde calificar el mérito del sumario, a lo que se procede. RESULTADOS Y CONSIDERANDOS: 1º Los hechos que se investigaron tuvieron ocurrencia en el municipio de Cáchira Norte (N. de S.), en la noche que va del treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve.—En el municipio mentado estaba destacada una comisión del Ejército en misión de orden público y entre los individuos que la formaban se encontraban: el Cabo Primero JORGE ENRIQUE ORJUELA HERNANDEZ quien comandaba la Guarnición, el soldado CALIXTO ZABALA y el soldado JOSE UREÑA. El día de autos llegó a Cáchira, el soldado BLAS A. TORRES procedente de Pamplona y quien llevaba el dinero para cancelar sueldos atrasados a los miembros de la comisión del Ejército. Después de efectuados los pagos, algunos soldados se retiraron a una tienda a tomar cerveza y entre ellos se encontraban los soldados BIDACIO VALDERRAMA Y CALIXTO ZABALA; en la tienda tuvieron algunas diferencias y a consecuencia de ellas trataron de batirse a bayoneta en la calle frente al local o establecimiento donde libaban. Informado el Cabo Primero ORJUELA de la conducta de los soldados resolvió sancionar ejemplarmente a los miembros de la comisión, ya que se presentaron otros en estado de embriaguez incipiente. Para tal efecto los hizo tomar sus fusiles descargados y sin cartucheras ni bayoneta los formó en la calle que queda frente al local que servía de cuartel y los puso a practicar algunos ejercicios gimnásticos entre ellos el llamado "curruca". El soldado BIDACIO VALDERRAMA, quien formaba de último en la hilera y quien además no había descargado su fusil, en un momento en que estaba practicando el ejercicio que se ha dicho atrás apuntó su fusil y lo disparó causando una herida en el soldado JOSE UREÑA y la muerte en el soldado CALIXTO ZABALA. Inmediatamente se sucedió el hecho del disparo y sus consecuencias relatadas, el Cabo Primero ORJUELA ordenó a los soldados entrar al alojamiento y procedió a ver fusil a fusil para determinar quién había sido el autor del disparo y como observara que el soldado VALDERRAMA tratara de escurrirse contra la pared, se acercó a éste con el fin de examinar el arma que portaba y como el soldado tratara de oponer resistencia a la revista, el Cabo asió el fusil tratando de desarmar a Valderrama, pero éste cuado el arma estaba a nivel de la cabeza del Cabo oprimió el disparador y el proyectil fue a destrozar la cabeza del suboficial dejándolo muerto a los pocos instantes. Aprovechó el soldado Valderrama el pánico subsiguiente y saliendo a una puerta del cuartel se dio a la huída sin que valieran los disparos hechos por el centinela, pues hasta la fecha de esta providencia no tiene noticia el despacho de que se haya logrado su captura".

En su alegato de segunda instancia el apoderado de los demandantes dice que da por reproducidas las tesis fundamentales que sostuvo ante el Tribunal de primer grado, y agrega otras. En síntesis sus argumentos son los siguientes: Los empleados gubernamentales a cuyo cargo estaba el reclutamiento en la ciudad de San Gil en el año de 1946 incurrieron en culpa al incorporar a filas, forzadamente y sin tener la edad requerida para el caso, al joven Jorge E. Orjuela Hernández; el señor Bidacio Valderrama, cuando dio muerte al citado Orjuela, hacía parte del Ejército nacional como soldado, y estaba en ejercicio de sus funciones de tal, usando armas de propiedad del Estado; fue una imprudencia de los superiores del Cabo Orjuela el haberle encomendado una misión del orden público a éste, no obstante no haber llegado a la edad de 21 años; no está probado que, como sostiene el Tribunal, Orjuela Hernández hubiera aceptado de buen grado los dos ascensos de que fue objeto, ni que firmó voluntariamente los respectivos contratos de enganche, pues nada aparece al respecto en la hoja de vida del occiso.

De las anteriores argumentaciones debe, ante todo, desecharse la que se hace consistir en que los superiores de Orjuela, funcionarios también del Estado, incurrieron en culpa al darle a aquél el mando de una patrula en delicada misión de orden público, para el desempeño del cual no estaba debidamente capacitado por razón de su poca edad, veinte años. Debe desecharse y no ser considerada por el fallador, porque, sencillamente, los hechos sobre que se basa no fueron articulados entre los fundamentos de hecho de la demanda, y de conformidad con el artículo 593 del Código Judicial "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 otro aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley..." Con todo cabe anotar, para mayor abundamiento, que si Orjuela Hernández había sido objeto de dos ascensos durante los dos años que llevaba de estar en filas, fue sin duda porque a pesar de sus pocos años, había mostrado tener aptitudes militares suficientes como para desempeñar las tareas inherentes a esos grados, por lo cual en ninguna culpa pudieron incurrir sus superiores al conferirle, en su calidad de Cabo 1º, un mando sobre tropas como el que ejercía cuando sucedió su trágica muerte. Según el formulario de calificación que corre a folios 23 vuelto y 24 del cuaderno número 3, ya antes había sido Comandante de escuadrón en Málaga y en Pamplona.

Con relación a los otros argumentos, la Sala considera:

La culpa de las autoridades militares en virtud de la cual llevaron a filas a Orjuela en 1946, contra su voluntad y sin tener la edad legal, quedó desprovista de toda eficacia causal por el hecho, destacado por el Tribunal, de que ni el propio conscripto ni sus padres interpusieron reclamo alguno para hacer cesar esa anómala situación como bien pudieron hacerlo de conformidad con el artículo 23 del Decreto 2.200 de 1946.

En cuanto a la otra culpa imputada a funcionarios militares, consistente en haber mantenido en filas a Orjuela no obstante haberse vencido el período legal de servicio, debe anotarse que no está probada. En la hoja de vida del occiso no aparece ciertamente que hubiera sido dado de baja y luégo reincorporado voluntariamente como Cabo. Pero tampoco aparece prueba alguna de que fue obligado a permanecer en servicio. La aludida falta de anotación sobre baja y nueva alta bien puede tener como explicación la circunstancia de no haber mediado ninguna solución de continuidad en el servicio. Además, en la hoja de vida tan sólo se anotan hechos, pero no sus causas. Así pues, a falta de prueba positiva de que Orjuela fue constreñido a permanecer en filas después de cumplir su servicio obligatorio, hay que concluír que lo hizo voluntariamente, tanto más cuanto que, como demostró el Tribunal, según los reglamentos militares, normalmente no se puede permanecer en filas, después del servicio ordinario, sino en virtud de reenganche voluntario como sub-oficial. Y para éste no se necesita la autorización paterna, pues de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1ª de 1945, "el colombiano menor de edad que ingrese al servicio para el cumplimiento de sus deberes miltares, queda excluído de la patria potestad mientras dependa directamente de las autoridades militares", artículo que evidentemente hace referencia a la potestad paterna, que dice relación a la protección del hijo por su padre, única de la cual, hablando con propiedad, puede quedar excluído el hijo. En todo caso, no hay prueba alguna de que Orjuela o sus padres hubieron reclamado contra el reenganche.

En gracia a la discusión podría aceptarse que el segundo enganche de Orjuela se debió a culpa de sus superiores oficiales. Pero aun así, no podría concluírse que este hecho culposo fue la causa de la muerte de Orjuela. Uno de los factores que integran la responsabilidad de una persona es la relación de causalidad entre la culpa y el daño; pero es evidente para la Sala que entre la culpa de los funcionarios militares que obligaron a Orjuela a seguir en el Ejército y su trágica muerte, no puede descubrirse ninguna relación causal efectiva y real, como bien anota el señor Procurador Delegado en lo Civil. Es tan tenue el vínculo causal entre los dos hechos que es imposible hacer la afirmación de que la referida culpa fue la causa de la muerte de Orjuela, la que se produjo, como ya se vio, por la acción directa, inmediata y efectiva del soldado Bidacio Valderrama.

Tampoco surge la responsabilidad del Estado si se considera exclusivamente el hecho culposo del soldado Bidacio Valderrama, independientemente de los motivos por los cuales Orjuela estaba en filas cuando pereció trágicamente. En verdad Valderrama era un soldado de la República y ultimó a Orjuela con arma del Estado. Pero no es menos cierto, según se desprende del auto de proceder, ya transcrito, y del propio relato de los hechos que hace el apoderado de los demandantes

en el libelo, que la conducta de dicho soldado fue absolutamente irregular y que constituyó un acto de máxima indisciplina, de rebeldía franca contra su superior, quien precisamente había estado tratando, inmediatamente antes de recibir la muerte, de obtener que se sometiera a los procederes normales de todo soldado de la República, de los cuales se había apartado abiertamente.

Ahora bien: como ha indicado el señor Procurador Delegado, la Corte tiene sentada la doctrina de que, la Nación no es responsable de los daños o perjuicios que causen a terceras personas los hechos que realicen agentes suyos en rebeldía contra sus superiores. "Así —ha dicho— exigir responsabilidad al Estado cuando sus agentes actúan contra el orden y seguridad nacional, sería como exigir responsabilidad civil a un particular por las lesiones que un hijo, en caso de agresión contra su propio padre, cause a un tercero, o en el evento de un sirviente que al tratar de robar las joyas de su amo, rompiese el mueble de una persona distinta y en el cual dichas joyas se guardasen... Esta Sala de Negocios Generales ha sostenido que para deducir en tales circunstancias las responsabilidad de la Nación, es preciso que el acto de los agentes se haya realizado dentro del radio de las funciones que se les han encomendado o que al menos se haya ejecutado con ocasión del ejercicio aparente de tales funciones, siempre que entre ellas y el perjuicio exista un vínculo lógico y destacado... Si ... el empleado ha utilizado sus funciones con fines distintos del servicio, fuera, por tanto, de lo que puede considerarse como verdadero órgano administrativo, deja de existir la responsabilidad de la administración (G. J., Tomo LXV, página 557-8).

Una vez más se destaca que la conducta del soldado Valderrama al dar muerte a Orjuela Hernández fue absolutamente irregular, del todo contraria a la que normalmente debe adoptar un soldado, y constituyó, en realidad, un verdadero acto de insubordinación y rebeldía. Por consiguiente resulta de toda evidencia que ese proceder insólito del soldado Valderrama no puede comprometer la responsabilidad del Estado colombiano, a la luz de las partes finales de los artículos 2.347 y 2.349 del Código Civil.

Las anteriores consideraciones son suficientes para poner de manifiesto la ninguna responsabilidad de la Nación en el caso **sub-judice**.

* * *

En virtud de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

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

Sin costas por no haberse causado en la instancia.

Luis Carlos Zambrano—Ramiro Araújo Grau—Efrén Osejo Peña—Carlos Peláez Trujillo—Manuel E. Escobar Melendro, Secretario.

REGULACION DE LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CIVILES. — PARA QUE EL PERJUICIO FUTURO SEA REPARABLE SE REQUIERE QUE SEA CIERTO. — DETERMINACION DE SU CUANTIA. — LA VIDA HUMANA COMO FUENTE DE BENEFICIOS Y NO COMO BIEN PATRIMONIAL. — PRESUNCION DE ASCENSOS FUTUROS Y COMPUTO DE SUELDOS. — REQUISITOS NECESARIOS PARA SU ACEPTACION E INCLUSION EN LA LIQUIDACION DE PERJUICIOS Y GRADO MILITAR DEL ESCALAFON QUE DEBE TENERSE EN CUENTA PARA TAL EVENTO

1.—Las enseñanzas de la jurisprudencia y la doctrina admiten que uno de los caracteres del perjuicio para que sea reparable en toda su extensión, es el de que sea cierto, o dicho de otra manera, no meramente hipotético o eventual sino real y efectivo. Desde luego, no le quita la nota de certeza al perjuicio el hecho de que su cuantía sea aún indeterminada o de difícil apreciación. Por ello dice con razón Peirano Facio (Responsabilidad Civil Extracontractual, página 363) que "la certeza del perjuicio se configura con absoluta independencia del monto del mismo. Por esto basta que el perjuicio exista sin que sea menester que se le agregue el requisito de determinada entidad".

Pero la noción de daño cierto no se contrapone propiamente a la de daño futuro: este último puede ser tan cierto como el perjuicio actual ya realizado, si aquél es efectivo y ha de cumplirse aunque en sus consecuencias temporales se proyecte hacia adelante. Daño futuro —según el citado autor— sería aquel "cuyas consecuencias perjudiciales todavía no se han iniciado al tiempo de entablarse la demanda de responsabilidad, aun cuando su existencia sea desde ya cierta".

Estos principios fueron desarrollados y expuestos por esta misma Sala de la Corte, en sentencia de fecha veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro (Tomo LXXVII, páginas 712 y 713), con toda claridad.

De lo anterior se desprende que nuestra jurisprudencia admite que el daño futuro, en cuanto tenga las características anotadas, sirve para configurar uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual, con independencia de su monto, cuya fijación será en cada caso una cuestión de hecho que no se opone a la certeza del perjuicio.

Pero desde luego, el problema difícil que se plantea en lo tocante a los daños futuros es el de la determinación de su cuantía, por lo cual para ese fin, no se puede tener el mismo criterio de rigor que para la valoración de los daños presentes, ya que existe mayor posibilidad de acreditar los hechos actuales o pasados que los aún por venir.

2.—Cabe observar —y así lo ha dicho la Corte en numerosos fallos— que si bien la vida humana jamás debe considerarse en sí misma como un bien patrimonial, para que la privación de ella se estime como un valor indemnizable, tal concepto no implica que la eliminación de una vida "no pueda segar en múltiples ocasiones provechos de orden económico de que venían beneficiándose otras personas, cuyo derecho a la consiguiente reparación debe tener su adecuada vía de reclamo. En esa cesación de beneficios es en lo que el perjuicio se concreta: no en la misma muerte del benefactor".

3.—La jurisprudencia imperante no acepta que el simple ingreso de una persona como oficial al servicio activo del Ejército, sin más demostraciones, haga presumible su ascenso a escalas superiores y el consiguiente rendimiento pecuniario que deba corresponder a esas futuras situaciones en la carrera militar (Tomo LXX, páginas 235 y 641).

La contingencia de ascensos más o menos lejanos, con el consiguiente aumento de las asignaciones correspondientes, no puede tenerse de base segura en la estimación de los perjuicios, máxime si se considera que las graduaciones en esa carrera están suje-

tas al cumplimiento de determinados requisitos y factores ciertos (edad, conducta, tiempo de servicio, etc.) para poder aceptar esos futuros ascensos es necesario que en el incidente de liquidación se haya aportado alguna prueba demostrativa de las capacidades y aptitudes del oficial fallecido trágicamente, que den así algún fundamento a la dicha presunción.

Pero admite la Corte que para el cálculo de aquellos perjuicios, en lo atinente a futuros ascensos y al cómputo de sueldos, se debe considerar el del grado inmediatamente próximo del escalafón, ya porque esa promoción se presente con alguna entidad de certidumbre o bien porque a ese grado fue ascendida póstumamente la víctima.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, ocho (8) de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

El doctor Marco Naranjo López, obrando en su carácter de mandatario judicial de Donaciano García y María Caro de García, con fundamento en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 19 de febrero de 1957, solicitó la liquidación de los perjuicios materiales que de conformidad con el expresado fallo debe pagar la Nación a los demandantes prenombrados por la muerte del Sub-Teniente del Ejército Nacional Jaime García Caro, trágico hecho acaecido el 29 de noviembre de 1952.

El incidente respectivo fue desatado por el Tribunal Superior de Bogotá en providencia de 29 de agosto de 1958, mediante la cual se estimó en la suma de sesenta y un mil doscientos setenta y cinco pesos con cincuenta y cuatro centavos ($ 61.265.54) el valor total de los perjuicios en mención, debiendo deducirse de aquella suma la cantidad de veinticinco mil setecientos cuarenta y cuatro pesos ($ 25.744.00) por indemnización pagada a los actores de acuerdo con las Resoluciones números 864 de 26 de abril y 2.383 de 18 de septiembre de 1953, respectivamente.

De la anterior decisión judicial apelaron el apoderado de la parte demandante y el señor Fiscal Segundo Superior, quien actuó en esa instancia como representante de la Nación.

Surtidos los trámites legales correspondientes al recurso de alzada, se procede a decidirlo y para ese fin la Sala avanza algunas observaciones de necesaria y previa consideración.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, como cuestión substancial de sus reparos contra la providencia recurrida, sostiene que el Tribunal sin apoyo probatorio alguno, con desconocimiento de principios doctrinales al respecto y aún contrariando los fundamentos que la sentencia fijó para la liquidación de los perjuicios, procedió a determinar el monto de la renta básica para la indemnización computando los sueldos que pudieran corresponder a la víctima por razón de futuros ascensos dentro del escalafón militar.

Manifiesta el señor Procurador, en su alegato final, para sustentar el recurso:

"En relación con los ingresos sobre graduaciones futuras, los expertos dicen que '...el oficial García Caro hubiera permanecido en el grado de Sub-Teniente dos años más después de su muerte, y hubiera ascendido a Teniente en mayo de 1954; a Capitán en mayo de 1959, y a Mayor en 1963, y a Teniente Coronel en 1967', y sobre esas bases hacen los cálculos respectivos de conformidad con los diferentes sueldos de la carrera militar.

"El Tribunal Superior del Distrito Judicial acogió la presunción de los peritos, teniendo solamente en cuenta las disposiciones legales que regulan la carrera militar, tanto por el aspecto de tiempo y mando de los ascensos como por el de remuneraciones a que tiene derecho en cada grado.

"Las anteriores determinaciones de los peritos y del Tribunal Superior no tienen ningún fundamento en las pruebas del proceso; se apartan de las precisas y obligatorias consideraciones de la sentencia, y desconocen en forma ostensible las reiteradas consideraciones de la jurisprudencia al respecto.

"En el expediente no aparece prueba alguna acerca de las condiciones personales del Sub-Teniente Jaime García Caro, o más exactamente sobre sus aptitudes para la carrera de las armas, tendientes a autorizar en alguna forma la suposición de los diferentes y estrictos ascensos. Es más, ni siquiera en la demanda se hizo la menor referencia a las graduaciones futuras dentro del escalafón militar, en busca de que la indemnización se tasara teniendo en cuenta tales circunstancias.

"En la sentencia de fecha febrero 19 de 1957 claramente se fija como punto de partida, para el justiprecio de la indemnización, la suma que el occiso devengaba al tiempo de su muerte".

Es evidente que el Tribunal del conocimiento,

sin indicar las razones de su decisión, tuvo como fundamento para la fijación de los perjuicios las futuras promociones de la víctima a las escalas superiores dentro de la carrea militar y la remuneración correspondiente a cada grado, según las leyes orgánicas de la materia.

Para un mejor entendimiento de la cuestión así planteada, se impone, ante todo, conocer las bases con arreglo a las cuales debía procederse a la liquidación referida por señalamiento que de ellas hiciera el fallador. La ya citada sentencia condenatoria de la Corte, reza así en lo pertinente:

"....Es verdad que se conoce la suma que el occiso devengaba al tiempo de su muerte, que era de cuatrocientos noventa y cinco pesos mensuales ($ 495.00), según informe oficial que obra en autos; pero esa cifra apenas serviría como punto de partida para fijar el justiprecio de la indemnización. No se puede presumir que ella era percibida totalmente por los padres, sino que éste tomaría lo suficiente para sus propias necesidades de acuerdo con su posición; ni puede saberse hasta cuándo ni en qué monto subsistiría tal ayuda del hijo, en razón de la vida probable de sus padres y teniendo en cuenta un probable cambio de estado civil de aquél, etc. etc., factores estos indispensables para fijar una indemnización justa por el perjuicio sufrido. Por tal razón, a este respecto debe hacerse una condenación en abstracto, para que en incidente posterior previsto por el artículo 553 del Código Judicial, se haga la regulación del caso, teniendo en cuenta las bases que la jurisprudencia ha sentado para el efecto en casos idénticos".

Las enseñanzas de la jurisprudencia y la doctrina admiten que uno de los caracteres del perjuicio para que sea reparable en toda su extensión, es el de que sea cierto, o dicho de otra manera, no meramente hipotético o eventual sino real y efectivo. Desde luego, no le quita la nota de certeza al perjuicio el hecho de que su cuantía sea aún indeterminada o de difícil apreciación. Por ello dice con razón Peirano Facio (Responsabilidad Civil Extracontractual, página 363) que "la certeza del perjuicio se configura con absoluta independencia del monto del mismo. Por esto basta que el perjuicio exista sin que sea menester que se le agregue el requisito de determinada entidad".

Pero la noción de daño cierto no se contrapone propiamente a la de daño futuro; este último puede ser tan cierto como el perjuicio actual ya realizado, si aquél es efectivo y ha de cumplirse aunque en sus consecuencias temporales se proyecte hacia adelante. Daño futuro —según el citado autor— sería aquel "cuyas consecuencias perjudiciales todavía no se han iniciado al tiempo de entablarse la demanda de responsabilidad, aun cuando su existencia sea desde ya cierta".

Estos principios han sido desarrollados y expuestos con claridad por la Corte (Tomo LXXVII, páginas 712 y 713) en cuanto expresa:

"No sólo el perjuicio actual es cierto, sino también el perjuicio futuro; pero no lo es el perjuicio simplemente hipotético. La jurisprudencia califica el perjuicio futuro de **cierto** y ordena repararlo, cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual. La Corte Francesa de Casación —dice Chapus en su obra citada— se ha esforzado en ciertas sentencias por enunciar esta doctrina en términos no dudosos y ha declarado que 'si no es posible decretar la reparación de un perjuicio puramente eventual, sucede de otro modo cuando el perjuicio, aunque futuro, aparece al Juez como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual que es suscepible de evaluación inmediata'.

"La misma opinión exponen M. M. Henry et León Mazeaud. Para estos autores, la reparación debe comprender el perjuicio en toda su extensión: el Juez no debe reconocer a la víctima más, ni concederle menos que el perjuicio efectivamente sufrido por ella. Mas poco importa que el perjuicio de que se queja la víctima se haya verificado o sólo en el porvenir tenga que verificarse.

"Al exigir —dicen los tratadistas nombrados— que el perjuicio sea cierto, se quiere decir que no debe ser simplemente hipotético o eventual. Es preciso que el Juez tenga la certidumbre de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera ejecutado el acto que se le imputa. Ciertamente cuando el perjuicio es actual no hay dificultad: su existencia no deja duda. Pero un perjuicio futuro puede tener los mismos caracteres de certidumbre: a menudo las consecuencias de un acto son inevitables. Ese acto debe arrastrar un perjuicio en lo futuro. No hay, pues, que distinguir entre el perjuicio actual y el futuro, sino entre el perjuicio cierto y el eventual o hipotético..."

De todo lo anterior se desprende que nuestra jurisprudencia admite que el daño futuro, en cuanto tenga las características anotadas, sirve para configurar uno de los elemntos de la responsabilidad extracontractual, con independencia

de su monto, cuya fijación será en cada caso una cuestión de hecho que no se opone a la certeza del perjuicio.

Pero, desde luego, el problema difícil que se plantea en lo tocante a los daños futuros es el de la determinación de su cuantía, por lo cual para es fin —como lo anota el autor antes citado— no se puede tener el mismo criterio de rigor que para la valoración de los daños presentes, ya que existe mayor posibilidad de acreditar los hechos actuales o pasados que los aún por venir.

El ámbito de esta decisión deberá en mucho concretarse a la consideración del punto últimamente indicado, pues la sentencia al condenar a la Nación al resarcimiento de los perjuicios materiales sufridos por los actores con motivo de la trágica muerte del Sub-Teniente Jaime García Caro, abrió la vía para el reconocimiento indemnizatorio incidental no sólo de los perjuicios actuales determinados por tal hecho, sino también de los futuros, como también que para en su regulación pudiera considerarse no únicamente la capacidad actual productiva de la víctima sino la próxima o potencial, desde luego, en relación con el apoyo económico cierto y concreto que los demandantes dejaron de tener al extinguirse esa vida.

Cabe observar —y así lo ha dicho la Corte en numeross fallos— que si bien la vida humana jamás debe considerarse en sí misma como un bien patrimonial, para que la privación de ella se estime como un valor indemnizable, tal concepto no implica que la eliminación de una vida "no pueda segar en múltiples ocasiones provechos de orden económico de que venían beneficiándose otras personas, cuyo derecho a la consiguiente reparación debe tener su adecuada vía de reclamo. En esa cesación de beneficios es en lo que el perjuicio se concreta: no en la misma muerte del benefactor".

Viene acreditado de autos que con la muerte del Sub-Teniente García Caro, hijo único de los demandantes y quienes carecen de medios suficientes para subvenir a sus necesidades de acuerdo con las exigencias de su posición social, quedaron éstos privados de la ayuda económica que aquél les prestaba, apoyo que era permanente y consistía en la entrega que el Sub-Teniente hacía a sus progenitores de gran parte de los ingresos provenientes de los sueldos que devengaba como oficial del Ejército. De otra parte, en el proceso también está demostrado, por razón del oficio o profesión que desempeñaba, la capacidad productiva actual y potencial del prenombrado Sub-Teniente. Por tanto, las anteriores comprobaciones procesales permiten deducir, sin riesgo de arbitrariedad, que al no haberse producido el hecho dañoso que extinguió la vida de dicha persona, ésta habría continuado prestando a sus padres una ayuda económica y que, en consecuencia, la pérdida de ese apoyo constituye también para los actores de un daño futuro pero cierto que debe repararse. Tal inferencia se desprende de la presunción admitida por la jurisprudencia como legalmente suficente, en casos semejantes al actual, "de que ordinariamente cuando los hijos están en capacidad actual o próxima de producir, prestan gustosos a sus padres una ayuda económica".

Pero la cuestión que principalmente debe dilucidarse en el caso sub-judice, si bien guarda estrecha relación con cuanto se deja expuesto, es la siguiente: Deben tenerse en cuenta para fijar la cuantía de la ayuda económica que el Sub-Teniente García hubiera prestado a sus padres, o sea para determinar el monto básico de la indemnización los sucesivos y futuros ascensos que aquél hubiera obtenido como Oficial del Ejército y los sueldos asignados a cada grado en el escalafón militar según las leyes sobre la materia, hasta completar el número de años de vida probable del mismo y de supervivencia en relación con sus progenitores demandantes?

Cabe anotar, —en contrario de lo afirmado por la parte actora— que la jurisprudencia imperante no acepta que el simple ingreso de una persona como oficial al servicio activo del Ejército, sin más demostraciones, haga presumible su ascenso a escalas superiores y el consiguiente rendimiento pecuniario que deba corresponder a esas futuras situaciones en la carrea militar. (Tomo LXX, páginas 235 y 641).

No se puede reconocer en el caso de autos —como ya lo ha expresado esta Sala— que la contingencia de ascensos más o menos lejanos, con el consiguiente aumento de las asignaciones correspondientes, pueda tenerse de base segura en la estimación de los perjuicios con mayor razón si se considera que las graduaciones en esa carrera están sujetas al cumplimiento de determinados requisitos y factores ciertos (edad, conducta, tiempo de servicio, etc.), y que para aceptar esos futuros ascensos sería por lo menos necesario que en este incidente se hubiese aportado alguna prueba demostrativa de las capacidades y aptitudes del Sub-Teniente fallecido, que dieran

así algún fundamento a la alegada presunción. Además, como en las reglas señaladas en el fallo de la Corte para la liquidación de estos perjuicios no se contempla en forma alguna que debieran tenerse en cuenta para su regulación los ascensos futuros de la víctima dentro del escalafón militar, en orden a que esa indemnización se hiciera en las condiciones ahora pretendidas, y luego en este incidente no se han allegado elementos de convicción que hagan presumible ese hecho, no procede su reconocimiento en la cuantía determinada por el Tribunal de instancia y con arreglo a las bases allí fijadas. Pero admite la Corte que para el cálculo de aquellos perjuicios, en lo atinente a futuros ascensos y al cómputo de sueldos, se debe considerar el del grado inmediatamente próximo del escalafón, ya porque esa promoción se presentaba con alguna entidad de certidumbre o bien porque a ese grado de Teniente fue ascendido póstumamente García Caro.

Partiendo el Tribunal de la base del cálculo de la vida probable de los cónyuges García-Caro y del Sub-Teniente García Caro, llega a la conclusión de que si éste no hubiera perecido trágicamente, habría prestado una ayuda económica a su padre hasta el año de 1966 y a su madre hasta el 4 de mayo de 1973. Como ese cálculo se funda en las pertinentes constancias procesales y en las tablas de vida probable de la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, tablas allegadas en forma auténtica a los autos, la Sala lo encuentra aceptable.

También el Tribunal, acogiendo a este respecto el dictamen de los peritos, fijó la cuantía de dicha ayuda económica en el cincuenta por ciento de los ingresos del oficial fallecido en tanto permaneciera soltero y en un veinticinco por ciento de ese mismo ingreso en cuanto contrajera matrimonio, hecho que sobrevendría en el año de 1960. La Sala asimismo comparte esa apreciación porque es normal que una persona célibe reserve la indicada parte de sus sueldos para gastos personales, formación de un capital propio, etc. y por cuanto para el cómputo de dicha asistencia —según lo ha expresado la jurisprudencia y lo advierte la misma sentencia que se liquida— debe entrar en juego la circunstancia contingente, pero fundada en la naturaleza humana, de que una persona 'contraiga obligaciones nuevas, como las que emanan del matrimonio, y disminuya de ese modo las posibilidades económicas anteriores, respecto de terceros. La doctrina tiene en cuenta ese vento para deducir, de antemano, dentro de esas posibilidades, lo que corresponde a los compromisos que el nuevo y probable estado matrimonial cause en el obligado a reparar un perjuicio civil". Y es muy aceptable la probabilidad de que una persona se case a los 29 años de edad, como en este caso lo indica el Tribunal con fundamento en la respectiva peritación.

Para el efecto de la evaluación de los perjuicios el Tribunal dividió en dos períodos el tiempo sobre el cual debía hacerse aquella. El primero corre desde el día del deceso de García Caro hasta la fecha de la providencia apelada; ese perjuicio ya consumado, puesto que los padres del Sub-Teniente fallecido le han sobrevivido hasta ahora, se determina en consideración a las sumas de dinero que proporcionalmente a los ingresos de cada grado militar les hubiera suministrado su hijo. El segundo se cuenta del día del pronunciamiento del citado proveído en adelante.

Es claro que la fecha fijada por el Tribunal para dividir las dos etapas de la indemnización, tendrá que modificarse necesariamente para señalar la de este auto. El cálculo de los perjuicios futuros, a partir de la liquidación de la sentencia, se hará en la forma prevista por el Tribunal y mediante aplicación de las tablas de Garuffa; son ellos los correspondientes al capital que sería necesario imponer para obtener la renta de que estarían privados los actores durante su vida probable, hecha la deducción de los intereses respectivos, puesto que la suma correspondiente a tal período se anticipa a los beneficiarios.

Para el cómputo de la liquidación de los sueldos, aquél debe ajustarse a las fluctuaciones de los que han venido devengando los oficiales del Ejército Nacional desde la fecha de la muerte de García Caro hasta el presente, con los grados de Sub-Teniente y Teniente, el último de los cuales ascensos empezará a contarse el 5 de mayo de 1958, con fundamento en la misma solicitud formulada en el libelo sobre liquidación de la sentencia a este respecto, y en el concepto pericial sobre el particular.

Encuentra la Sala, de otra parte, acertadas las observaciones de carácter legal y jurídico expuestas en la providencia recurrida en apelación y en virtud de las cuales no deben incluírse en los sueldos, como base para su liquidación, las siguientes partidas: la de dotación o vestuario y la prima profesional, "porque, como lo reza el artículo 6º del Decreto número 901 de 19 de abril de 1951 por medio del cual fue establecida la prima, el valor de tal dotación 'en ningún caso

se computará como parte del sueldo para las liquidaciones por reconocimiento de ..... indemnizaciones....., por no tener el carácter de retribución de servicios', máxime cuando de esa dotación ningún beneficio podría derivarse para los demandantes; y en cuanto a la prima profesional, porque como se deduce claramente de los términos del Decreto 990 del 1º de abril de 1955, ella fue establecida en favor exclusivamente de los oficiales con título universitario o de los oficiales estudiantes del último año de facultad 'que obtuvieran grado de Sub-Tenientes efectivos de los servicios', casos en ninguno de los cuales está probado que se encontrara el Sub-Teniente García Caro".

"Y por lo que hace a la partida de alimentación, lavado y peluquería fijada en $ 1.50 diarios por el Decreto 1.338 de 1948 y mantenida por el aparte A) de la Resolución número 193 de 26 de enero de 1954, si bien por el aparte H) de dicha Resolución fue elevada a $ 2.00 diarios, tal elevación opera únicamente cuando el personal de las Fuerzas Armadas se encuentra en comisión de orden público. En el presente caso es cierto que el Sub-Teniente García Caro, a la fecha de su muerte, se encontraba cumpliendo una comisión de esa clase; pero también es evidente la imposibilidad de calcular siquiera aproximadamente la duración de esa comisión si no hubiera fallecido, de donde se infiere la consiguiente imposibilidad de calcular el mayor ingreso por ese concepto. Esa contingencia y la excepcionalidad de los casos en que opera el derecho de aumento de esa partida, inducen la conveniencia de computar solamente la partida de $ 1.50 diarios establecida como norma general por el Decreto 1.338 y mantenida por el aparte A) de la Resolución 193 de 1954".

"Por la misma razón de contingencia anteriormente expresada, tampoco hay lugar, por la imposibilidad de calcularla, a computar la prima o sobresueldo de que trata el artículo 73 del Decreto Legislativo número 3.220 de 1953, o sea el sobresueldo mensual allí previsto hasta por el cuarenta por ciento para cuando los Oficiales de las Fuerzas Militares presten sus servicios en las Intendencias o Comisarías o en regiones de climas similares".

En la parte resolutiva del auto recurrido se ordena que del monto total de la indemnización deberán descontarse las sumas que los beneficiarios recibieron del Estado por concepto de los mismos hechos a que se refiere este juicio y de que tratan las Resoluciones números 864 y 2.383 de 26 de abril y 28 de septiembre de 1953, respectivamente. En el fallo condenatorio de cuya ejecución se trata, y que fijó las bases para la liquidación de estos perjuicios materiales, se dice al respecto:

"Por último, el reconocimiento de las prestaciones sociales a que tenía derecho el Sub-Teniente Jaime García Caro y el pago que de ellas se hizo a los demandantes, según copia aducida al juicio (folio 14 vuelto y 15, cuaderno número 2), no impide en forma alguna el reconocimiento y pago de los perjuicios a los padres de la víctima, porque el derecho a las primeras tiene una fuente distinta e independiente al de la reparación del daño que emana de la culpa". De lo anterior se deduce que aquí se trata del auto de cumplimiento de la sentencia en la que se dijo que esas sumas recibidas por los actores provenían de otras fuentes distintas a la de la reparación del daño por el hecho culposo, o sea que esas cantidades no correspondían a un concepto indemnizatorio del perjuicio que aquellos recibieron por la muerte de su hijo, sino a prestaciones especificadas diversas; por tanto no procede decretar el aludido descuento en esta providencia que, si así lo hiciere, reformaría las bases expresamente previstas de la sentencia para su liquidación.

DETERMINACION DE LA RENTA DEL PRIMER PERIODO

En el grado de Sub-Teniente.

Del 29 de noviembre de 1952, fecha del fallecimiento de García Caro, al 31 de diciembre de 1953, en que regía la Ley 100 de 1948, así:

Sueldo básico	$ 300.00			
Prima de alimentación a $ 1.50 diarios, según Decreto Nº 1.338 de 1948	45.00			
Prima de Navidad, doceava parte	25.00			
TOTAL	$ 370.00	$ 370.00	$	4.822.33
Del 1º de enero de 1954, en que empezó a regir el Decreto 3.220 de 1953 al 4 de mayo del mismo año, o sea durante 4 meses y 4 días:				
Sueldo básico	$ 350.00			
Prima de actividad, según el citado Decreto, 15%	52.50			
Prima de Navidad	29.16			
Prima de alimentación de acuerdo con Decreto Legislativo Nº 1.338 de 1948	45.00			
TOTAL	$ 476.66	$ 476.66	$	1.954.28
En el grado de Teniente:				
Del 5 de mayo de 1954 al 4 de mayo de 1960, o sean 72 meses, así:				
Del 5 de mayo de 1954 al 30 de septiembre de 1956 en que la prima de actividad fue modificada.				
Sueldo básico	$ 450.00			
Prima de actividad	67.50			
Prima de Navidad	37.50			
Prima de alimentación	45.00			
TOTAL	$ 600.00	$ 600.00	$	17.300.00
Del 1º de octubre de 1956, en que empezó a regir el Decreto Nº 2.305 de dicho año y en el cual se modificó la prima de actividad, al 1º de julio de 1957, o sea durante 9 meses, así:				
Sueldo básico	$ 450.00			
Prima de actividad	225.00			
Prima de Navidad	37.50			
Prima de alimentación	45.00			
TOTAL	$ 757.50	$ 757.50	$	6.817.50
Del 1º de julio de 1957, fecha en la cual se fijó en $ 500.00 el sueldo básico de los Tenientes (Decreto Nº 0156 de dicho año), al 1º de marzo de 1959, es decir durante 20 meses, así:				
Sueldo básico	$ 500.00			
Prima de actividad	250.00			
Prima de Navidad	40.83			
Prima de alimentación	45.00			
TOTAL	$ 835.83	$ 835.83	$	16.716.60
Del 1º de marzo de 1959, en que empezó a regir el Decreto Nº 0325 de ese año, en el cual se fijó el sueldo de $ 1.000.00 para este grado militar, hasta el 4 de mayo de 1960, o sea durante 14 meses, 4 días, así:				

Sueldo básico	$ 1.000.00		
Prima de Navidad	41.66		
TOTAL.....	$ 1.041.66	$ 1.041.66	$ 14.722.12

Del 5 de mayo de 1960, fecha en que contraería matrimonio García Caro y la ayuda económica a sus padres se reduciría al 25% de sus ingresos, hasta el 4 de mayo de 1973, cuando fallecería la madre del causante, es decir, en trece años, así:

Sueldo básico	$ 1.000.00		
Prima de Navidad	41.66		
TOTAL.....	$ 1.041.66	$ 1.041.66	$ 162.498.96
SUMAN TODOS LOS SUELDOS.....			$ 224.831.79

Conocidos los ingresos del causante durante la vida probable de los demandantes, el tiempo que hubiera vivido la víctima si el accidente no hubiese acaecido y también sabida la ayuda económica de que los primeros quedaron privados por la muerte del último, la cual se ha fijado en el cincuenta por ciento de los sueldos de García Caro durante el celibato y en el veinticinco por ciento desde que contrajera matrimonio hasta el deceso de su madre, se tiene que los perjuicios materiales consumados, es decir, los correspondientes al lapso transcurrido desde el fallecimiento trágico de aquél (29 de noviembre de 1952) hasta el 7 de septiembre del año en curso, son los siguientes:

50% de los sueldos del causante entre las anotadas fechas, ingresos que montan la suma de $ 54.103.71 $ 27.051.85.

LIQUIDACION DE LOS PERJUICIOS FUTUROS

El valor de los ingresos de la víctima desde el 7 de septiembre del año en curso al 4 de mayo de 1960, (7 meses y 26 días), época hasta la cual García Caro seguiría prestando una ayuda económica a sus padres equivalente aún al 50% de sus sueldos, sería de $ 8.194.34——$ 4.097.17.

La mitad de dicha suma, $ 4.097.17, representa la renta de que se vieron privados los actores en el anotado lapso.

El valor de los ingresos del causante del 5 de mayo de 1960, fecha en que contraería matrimonio Garca Caro y la ayuda económica a sus padres se reduciría al 25%, al 4 de mayo de 1973, es decir, durante trece años, sería de $ 162.498.66 y el 25% es de $ 40.624.66.

Por lo tanto, el monto del capital de que se vieron privados los actores, alcanza en total a $ 44.721.83 durante 13 años, 7 meses y 26 días, es decir una renta anual equivalente a $ 3.274.98.

Aplicando la tabla de Garuffa para una renta de $ 1.00 en 13 años, 7 meses y 26 días (13,6556 de año) ha de consignarse 9-141, cifra que ha de multiplicarse por la renta anual ya dicha, lo que arroja un total de $ 29.936.59.

Como resumen de todo lo anterior, se tiene:

Valor de los perjuicios consumados $	27.051.85
Valor de los perjuicios futuros.....	29.936.59
TOTAL.....$	56.988.44

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Refórmase el auto apelado en el sentido de fijar definitivamente el monto de los perjuicios de orden material que la Nación debe pagar a Donaciano García y María Caro de García a causa de la muerte de su hijo el Sub-Teniente Jaime García Caro, ocurrida el 29 de noviembre de 1952, en la cantidad de CINCUENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CTVOS. ($ 56.988.44).

De la cantidad anterior no se descontará el valor de las sumas pagadas a los demandantes y decreadas por medio de las Resoluciones números 864 y 2.383 de 25 de abril y 18 de septiembre de 1953, respectivamente.

Sin costas en el incidente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvanse los autos.

Luis Carlos Zambrano—Ramiro Araújo Grau—Efrén Osejo Peña—Carlos Peláez Trujillo—Manuel E. Escobar M., Secretario.

NOCION JURIDICA DE LA NOTORIEDAD

El principio de origen canónico FACTA NOTORIA NON INDIGENT PROBATIONE es una excepción a la regla según la cual el juez no puede utilizar sus informaciones privadas sobre los hechos de la causa, si bien tropieza en su aplicación práctica con la dificultad de fijar con precisión el contenido conceptual del hecho notorio, que acaso por este motivo no se halla definido en la ley. La notoriedad, que para relevar de prueba debe equivaler a la evidencia, según Lessona, quien distingue entre estos dos conceptos pero para afirmar que el hecho no necesita ser demostrado cuando además de conocido es evidente (Vol. I, 175), es para Calamandrei "una cualidad de ciertos hechos tan generalmente conocidos e indiscutidos, que el exigir para ellos la práctica de pruebas no aumentaría en lo más mínimo el grado de convicción que el juez y las partes deben tener de su verdad", al extremo de poderse afirmar que "el grado de certeza moral que nace de la notoriedad de un hecho debe ser en la conciencia del juez racionalmente superior al que nace de la prueba" (Estudios sobre el proceso civil, Buenos Aires, 1945, pág. 186). Y si se considera el criterio de otros expositores que se han detenido a espacio en la noción de lo notorio (Stryk, Ellero, Stein), se encuentra que en su opinión, y salvo diferencias más que todo de matiz, concurren a configurarla las notas de conocimiento público e incontestabilidad racional, de modo que para que el acto sea de tal condición es menester que sea conocido en forma más o menos general en cierta época y en un determinado medio social y que tenga el carácter de verdad inconcusa, como acontece, por ejemplo, con los principios de una ciencia o con los hechos históricos. Para que un principio abstracto o un evento concreto pueda ser calificado de notorio se requiere, así, que pertenezca al número de nociones propias de un determinado círculo social o sea fácilmente conocible dentro de él y que a la vez sea una verdad incontestable por haber alcanzado tal calidad sin consideración al proceso y con anterioridad a él. El hecho no puede ser calificado de notorio en sentido jurídico sino cuando con antelación al juicio aparece ya depurado de todos los motivos o posibilidades de error que hacen falible el testimonio humano, por lo que ha dicho Calamandrei que el grado de certeza que nace de lo notorio debe ser superior al que nace de la prueba misma.

He aquí por qué la notoriedad se predica del hecho, mas no del derecho a que éste da origen o que sobre las cosas se ejerce. Un principio general o un evento concreto pueden imponerse al conocimiento con la virtud de una verdad incuestionable por lo evidente, sin dejar lugar a la incertidumbre o a la duda, mientras que el derecho por naturaleza es controvertible. Las situaciones jurídicas son susceptibles de mudanzas imprevistas cuyo conocimiento inmediato no siempre está al alcance del común de las gentes, ni siquiera de un círculo numeroso de ellas, sino que en ocasiones permanecen ignoradas u ocultas, o si se las llega a conocer no pueden sin embargo afirmarse con entera certeza: su naturaleza y las circunstancias en que se producen permiten las percepciones equivocadas o incompletas, y consiguientemente, los errores de juicio. Por eso son discutibles.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo)

El señor Luis Piedrahita Ch., mayor de edad y vecino del municipio de Santa Bárbara, en el Departamento de Antioquia, demandó, por medio de apoderado, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al nombrado departamento para que se le obligara al cumplimiento de un contrato celebrado por el actor con la Empresa del Ferrocarril de Antioquia, y en subsidio, para

que se decretase la resolución del expresado contrato con indemnización de perjuicios, por incumplimiento de la entidad arrendadora.

El Tribunal resume así los hechos en que el demandante apoya la demanda:

"Que en el mes de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete el demandante celebró un contrato con el Ferrocarril de Antioquia, por el cual éste le dio en arrendamiento por el término de un año, a razón de veinte pesos ($ 20.00) mensuales, y para que construyera y explotara un kiosko de madera, un lote de terreno situado en las cercanías de la estación de La Pintada, de las dimensiones y por los linderos que se detallan en el numeral primero del libelo; que fue cláusula del contrato la de que el locatario se obligaba a poner en conocimiento del Jefe de la sección de bienes o del ingeniero encargado de ese sector cualquier acto de perturbación cumplido por terceros en el inmueble arrendado; que al mes de vigencia del contrato, un señor que dijo representar a la Nación le prohibió el uso del inmueble pretextando que pertenecía a ésta y no al Departamento; que en vista de esto el actor envió al señor Jefe de bienes del Ferrocarril el aviso correspondiente de la perturbación que comenzaba a sufrir, lo que hizo el veintinueve de enero del año de mil novecientos cincuenta y ocho, sin que hubiera recibido respuesta alguna; que el Ferrocarril nada ha hecho para que cese aquella perturbación con la que se le han causado serios perjuicios".

Con fundamento en los hechos expresados, pide el actor "que por los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y con audiencia del señor Gobernador de Antioquia y del señor Superintendente o representante del Ferrocarril de Antioquia, se ordene el cumplimiento del contrato de 15 de noviembre de 1957 celebrado entre el Superintendente del Ferrocarril y el señor Luis Piedrahita Ch. en relación con el arrendamiento de un lote que aquella entidad dijo ser de su propiedad, situado en La Pintada, cerca de la estación del mismo nombre, jurisdicción del municipio de Santa Bárbara, Departamento de Antioquia", y subsidiariamente, "la resolución de dicho contrato, con la correspondiente indemnización de perjuicios, por el lucro cesante y el daño emergente, sufridos por el arrendatario.

En derecho invocó las disposiciones de los artículos 1546, 1609, 1613 a 1617, 1982 a 1995 del Código Civil, y como normativas del procedimiento las de los artículos 205, 737 y siguientes, y 1203 del Código Judicial.

Admitida la demanda, de ella se dio traslado al señor Gobernador de Antioquia, quien la contestó oponiéndose a la acción, admitiendo unos hechos y negando otros, y proponiendo finalmente varias excepciones perentorias.

Cumplidas todas las formalidades rituales, y citadas las partes para sentencia, la primera instancia concluyó con la de 10 de enero del año en curso, en que el Tribunal **a-quo** deniega las peticiones de la demanda y consecuencialmente absuelve al Departamento de Antioquia de los cargos en ella formulados, y condena a la parte actora en las costas procesales, fallo en cuya revisión se ocupa hoy la Corte por apelación interpuesta por el demandante.

El tribunal de primer grado funda su decisión en la falta de legitimación pasiva en la causa, toda vez que en los autos no aparece acreditado que el Departamento de Antioquia sea el dueño actual del Ferrocarril del mismo nombre, al que se imputa el incumplimiento del contrato y el consiguiente daño, circunstancia a que el Gobernador se refiere en la siguiente forma en su alegato de conclusión: "La demanda propuesta por el señor Luis Piedrahita contra el Departamento carece de todo fundamento, ante la ausencia de toda prueba que establezca en su existencia y verdad la violación del contrato como hecho motivante de la obligación demandada Esto aun en el caso de que el H Tribunal entrase a fallar de fondo, no obstante la incertidumbre del demandante en el señalamiento del sujeto pasivo de la obligación cuyo cumplimiento demanda, pues que ha debido establecer en su oportunidad que el contrato celebrado con el señor Superintendente del Ferrocarril obliga al Departamento de Antioquia".

El recurrente considera, por su parte, que la propiedad del Departamento de Antioquia sobre el Ferrocarril del mismo nombre es un hecho notorio que por eso no ha menester de demostración específica en los autos, arguyendo en favor de sus tesis que el mismo tribunal sentenciador observa en el fallo la improcedencia de citar al

juicio al Superintendente de la Empresa del Ferrocarril —que el actor había exigido— "porque el Ferrocarril de Antioquia no es persona moral y es el Gobernador del Departamento y no el Superintendente su representante jurídico", por lo cual no se advierte "finalidad práctica o legal alguna en incorporar a la litis a una persona que carece de toda significación procesal y que no debió haber sido indicada como sujeto pasivo de la acción".

1.—Se entiende por legitimación en causa —ha enseñado la Corte— "la identidad del actor con la persona a quien la ley concede la acción instaurada **(legitimación activa)** y la identidad del demandado con la persona contra quien es concedida la acción **(legitimación pasiva)**. De manera que la legitimación en la causa es cuestión atinente a la titularidad del derecho de acción o de contradición", y constituye, por tanto, "un elemento estructural de la acción ejercitada en cada caso". (G. J. LXXVIII, 351). Por ello para que la intentada pueda prosperar se requiere que en el juicio aparezca debidamente acreditado que el demandante es el acreedor de la obligación cuyo reconocimiento pretende y que el Departamento de Antioquia es su deudor, relación que el fallador de primer grado no halló establecida por cuanto no aparece demostrado que aquel Departamento sea el propietario del Ferrocarril de Antioquia, pero que el demandante considera relevada de prueba por ser un hecho notorio.

2.—El principio de origen canónico **facta notoria non indigent probatione** es una excepción a la regla según la cual el juez puede utilizar sus informaciones privadas sobre los hechos de la causa, si bien tropieza en su aplicación práctica con la dificultad de fijar con precisión el contenido conceptual del hecho notorio, que acaso por este motivo no se halla definido en la ley. La notoriedad, que para relevar de prueba debe equivaler a la evidencia, según Lessona, quien distingue entre estos dos conceptos pero para afirmar que el hecho no necesita ser demostrado cuando además de conocido es evidente (Vol. I, 175), es para Calamandrei "una cualidad de ciertos hechos tan generalmente conocidos e indiscutidos, que el exigir para ellos la práctica de pruebas no aumentaría en lo más mínimo el grado de convicción que el juez y las partes deben tener de su verdad", al extremo de poderse afirmar que "el grado de certeza moral que nace de la notoriedad de un hecho debe ser en la conciencia del juez racionalmente superior al que nace de la prueba". (Estudios sobre el proceso civil, Buenos Aires, 1945, pág. 186). Y si se considera el criterio de otros expositores que se han detenido a espacio en la noción de lo notorio (Stryk, Ellero, Stein), se encuentra que en su opinión, y salvo diferencias más que todo de matiz, concurren a configurarla las notas de conocimiento público e incontestabilidad racional, de modo que para que el acto sea de tal condición es menester que sea conocido en forma más o menos general en cierta época y en un determinado medio social y que tenga el carácter de verdad inconcusa, como acontece, por ejemplo, con los principios de una ciencia o con los hechos históricos. Para que un principio abstracto o un evento concreto pueda ser calificado de notorio se requiere, así, que pertenezca al número de nociones propias de un determinado círculo social o sea fácilmente conocible dentro de él y que a la vez sea una verdad incontestable por haber alcanzado tal calidad sin consideración al proceso y con anterioridad a él. El hecho no puede ser calificado de notorio en sentido jurídico sino cuando con antelación al juicio aparece ya depurado de todos los motivos o posibilidades de error que hacen falible el testimonio humano, por lo que ha dicho Calamandrei que el grado de certeza que nace de lo notorio debe ser superior al que nace de la prueba misma.

3.—De ahí por qué la notoriedad se predica del hecho, mas no del derecho a que éste da origen o que sobre las cosas se ejerce. Un principio general o un evento concreto pueden imponerse al conocimiento con la virtud de una verdad incuestionable por lo evidente, sin dejar lugar a la incertidumbre o a la duda, mientras que el derecho por naturaleza es controvertible. Las situaciones jurídicas son susceptibles de mudanzas imprevistas cuyo conocimiento inmediato no siempre está al alcance del común de las gentes, ni siquiera de un círculo numeroso de ellas, sino que en ocasiones permanecen ignoradas u ocultas, o si se las llega a conocer no pueden sin embargo afirmarse con entera certeza: su naturaleza y las circunstancias en que se producen permiten las percepciones equivocadas o incompletas, y consiguientemente, los errores de juicio. Por eso son discutibles.

4.—Tratándose de la Empresa del Ferrocarril

de Antioquia, y supuesto que sea de conocimiento público que sobre ella ejerce dominio el Departamento de ese nombre, puede afirmarse que tal conocimiento alcanza el grado de la plena certeza? El grado de certidumbre a que sobre ese hecho llega el juez por razón de su ciencia o información privada, es superior o siquiera igual al que le daría la prueba específica de aquel dominio? Desde luego que no; porque así sea de público conocimiento que la Empresa pertenece a la entidad nombrada, ese conocimiento puede ser equivocado por deficiencia de información, o por no haber trascendido todavía actos jurídicos encaminados a variar la situación anterior, o por haberse el fallador formado una creencia en presencia de circunstancias susceptibles de haber cambiado sin su conocimiento, y que, sin embargo, pueden acreditarse en el proceso. El juez puede haber llegado a tener una **opinión** sobre el hecho, pero no la **convicción** que a él le exige la ley.

5.—Pero si bien la propiedad del Departamento sobre el Ferrocarril no alcanza la condición del hecho notorio, no por ello debe concluírse que no aparezca establecida en los autos: el gobernador, en efecto, la acepta al contestar la demanda en su "carácter de Gobernador del Departamento y como representante de esta entidad en **su** Empresa del Ferrocarril" (subraya la Sala), expresando además que "ni el señor Superintendente de la Empresa, como parte contratante **debidamente autorizada**, ni el suscrito, como representante de la entidad demandada, han tenido noticia de actos perturbatorios ni de pretensiones de terceros que impongan a la entidad demandada la obligación de amparar el (sic) arrendatario en el goce legítimo de la cosa" (el subrayado de la Sala). Esta cuestión de la propiedad no fue, así pues, motivo de controversia en el juicio, habiendo quedado por consiguiente fuera de debate; sin que sobre advertir, por otra parte, que no versando el litigio sobre dicha propiedad, ni constituyendo ella un elemento esencial de la acción, con sólo que se acredite el nexo obligacional entre las partes está establecida la legitimación en la causa.

Ni es el caso de aplicar en esta oportunidad el precepto del artículo 170 **in fine** del Código Judicial, según el cual las confesiones de los representantes de las entidades públicas "no perjudican a la parte que representan", porque la aceptación del dominio que sobre la Empresa ejerce el Departamento no envuelve en este caso una confesión. Por confesión se entiende, según el artículo 604 del Código mencionado, "la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra", de modo que la noción de **perjuicio** se halla embebida en el concepto de confesión; constituye un elemento estructural de dicha prueba. Y en el caso presente no es del dominio sobre el Ferrocarril que podría resultar un perjuicio para la entidad demandada sino del incumplimiento de una obligación personal; la propiedad es un hecho indiferente respecto de las consecuencias de la litis, ya que incluso podría no ser siquiera esencial para la existencia del vínculo cuya infracción se alega.

6. — Pero si la demanda no es desechable por ilegitimidad de alguna de las partes, no aparece comprobada en cambio la infracción del contrato por culpa del Departamento. La única prueba traída al expediente con tal objeto es la copia de un informe rendido al inspector de policía de La Pintada por un jefe de grupo de la policía vial de Antioquia, que reza: "Fuerzas Armadas de Colombia. Fuerzas de Policía. Unidad de Antioquia. Policía Vial. - La Pintada, 25 de agosto de 1958. Asunto: Informes sobre construcción. Al señor inspector de policía. E. S. D. Por medio de la presente me permito informarle al señor inspector, que al señor Luis Piedrahita quien porta la cédula de ciudadanía número 1261255 de Titiribí, le prohibí desde hace días la construcción de un local que sólo mide desde el centro de la vía seis metros con cincuenta y seis centímetros, y como esta carretera es de primera categoría, de conformidad con el decreto número 2770 sobre vías, la zona se reserva quince metros a lado y lado de la vía. Esto con el fin de que el señor inspector vigile que no se adelante la obra ya iniciada, ya que para esto necesita un permiso especial del ingeniero jefe quien es el encargado de conceder el permiso para construcciones a lo largo de la vía. Es de anotar, que el señor Piedrahita manifestó que el terreno es de propiedad del Ferrocarril de Antioquia, el cual esta entidad se lo había arrendado. Muy atte. (fdo.), Sargento 2º Luis Alberto Orjuela, jefe agrupación policía vial Antioquia".

El anterior documento no fue aducido en ninguna de las oportunidades que indica el artículo 597 del Código Judicial, sino que fue incorporado a los autos sin solicitud previa ni providencia que lo admitiese, por lo cual carece de todas

las condiciones que la ley procesal exige para que pueda siquiera entrarse a apreciar su mérito. Y como ninguna otra prueba se allegó para comprobar la infracción que se atribuye a la parte demandada, debe absolvérsela de los cargos formulados en el libelo, aunque por razones distintas de las en que se funda el fallo de primera instancia.

* * *

Por los motivos expuestos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este juicio, el diecinueve de enero del presente año.

Se condena a la parte apelante en las costas del recurso.

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

Luis Carlos Zambrano — Ramiro Araújo Grau. Efrén Osejo Peña — Carlos Peláez Trujillo. — Manuel Eduardo Escobar Melendro, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Moción de duelo aprobada en Sala Plena con motivo del fallecimiento del ex-Presidente de la Corte señor doctor Roberto Goenaga.—Aprobada en sesión del 10 de agosto de 1959..... 351

La Corte deplora el fallecimiento de la señora doña Julia Alvira viuda de Rocha.—Proposición aprobada en Sala Plena el día 27 de agosto de 1959..... 352

Proposición aprobada en Sala Plena con motivo del fallecimiento de la señora Temilda Pinzón viuda de Fajardo.—Sesión del 27 de agosto de 1959..... 352

Radio de acción de la Corte frente a una demanda de inexequibilidad. — Requisito para que ésta prospere.—Interpretación y alcance de la expresión "Fuerza Legal".— No fue el legislador de 1958 quien por pripera vez incluyó en la terminología legislativa esta expresión, pues ella se encuentra, entre otros, en los artículos 1º y 4º de la Ley 57 de 1887, 11 de la Ley 153 de 1887 y 1º de la Ley 7ª de 1945, que guardan completa analogía con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958, en cuanto emplean la referida expresión. — Antecedente del artículo transitorio L. de la Constitución de 1886. — El Congreso no tiene potestad para prorrogar los Decretos con el carácter de tales, pues si bien las facultades que el artículo 76 de la Carta le confiere no son taxativas, no llegan hasta el extremo de que el legislador pueda expresar sus ordenamientos jurídicos mediante la forma propia del poder ejecutivo, o sea, a través de Decretos de cualquier índole, y no pudiendo dictar Decretos, no puede prorrogar los que profiera el Gobierno.—La forma como el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958 se halla concebido, no infringe disposición constitucional concreta, pues si bien es verdad que normalmente la ley debe manifestar la totalidad de su contenido, para que se acomode a la definición que de ella da el artículo 4º del Código Civil, no lo es menos que la completa manifestaciónn de la voluntad legislativa en el texto de la ley, forzada por circunstancias de orden superior, puede sustituírse, pues nada se opone, desde el aspecto constitucional, a que se adopte una forma diferente, como es la consagrada en la citada ley que, por remisión, incorporó en su texto el de los Decretos dictados por el Ejecutivo durante el estado de sitio.— Diferencia entre las expresiones "fuerza legal" y "fuerza obligatoria". — Las normas sobre promulgación son legales y no constitucionales.—Se declara exequible el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958.—Como los Decretos a que alude esta norma han desaparecido en tal carácter, en la práctica no podrán ser objeto de juicio de inexequibilidad por carencia de materia, —que la produjo el Congreso al incluír su contenido en una ley—, mas si cualesquiera de los preceptos de tales Decretos atenta contra normas constitucionales diversas al artículo 121 en el fondo o en la forma de expedición, ya como parte integrante de la Ley 2ª citada, puede ser demandado con apoyo en el artículo 214 de la Constitución.—Los Decretos declarados inexequibles por la Corte hasta la fecha, no fueron revividos por la Ley 2ª de 1958.—Se reitera la doctrina referente a que la Corte puede conocer y decidir de la constitucionalidad de un Decreto Legislativo expedido en uso de las facultades de que está investido el Presidente de la República cuando se halla turbado el orden público, aun después de que esta situación haya cesado y no rija el Decreto acusado,

Págs.

siempre que la demanda haya sido presentada durante su vigencia.—Así lo resuelve la Corte en sentencia de Sala Plena.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 353

Salvamento de voto de los Magistrados doctorez José Hernández Arbeláez, Luis Eduardo Mejía Jiménez, Humberto Barrera Domínguez, Pedro Pacheco Osorio, Carlos Peláez Trujillo y Gustavo Rendón Gaviria, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 362

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Gabriel Carreño Mallarino y Simón Montero Torres, en el fallo a que se refiere el aparte precedente 364

Terrenos ejidos municipales.—A quiénes corresponde su administración.—Se declaran exequibles los artículos 2º, 20 y 21, éste en sus ordinales 1º, 2º, 3o. y 4º de la Ley 41 de 1948 "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre terrenos ejidos y sobre Personeros Delegados".—Así lo resuelve la Corte en sentencia de Sala Plena.—Magistrado Ponente: Doctor Gabriel Carreño Mallarino 366

Sanciones disciplinarias para Magistrados de Tribunales Superiores.—El empleo de frases injuriosas constituye uno de esos hechos análogos a que se refiere la causal 1ª del artículo 2º del Decreto Legislativo número 3.665 de 1950.—Deberes que impone la investidura judicial.—La Corte impone a los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Gustavo Bazzani y Ramón Serge Ahumada, como pena disciplinaria, la suspensión de sus cargos por el término de treinta días.—Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 370

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Alfonso Arango Henao y Luis Fernando Paredes A., en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 377

Págs.

No pueden ser objeto de juicio de inexequibilidad, por carencia de materia, los Decretos que, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 121 de la Carta, se dictaron a partir del 9 de noviembre de 1949, por cuanto adquirieron categoría de leyes según lo resolvió la Corte al definir sobre exeqùibilidad de la Ley 2ª de 1958.—Se declara que no hay lugar a proveer sobre inexequibilidad de los artículos del Decreto Legislativo número 0123 de 1957, por el cual se modifica el marcado con el número 0981 de 1957 y se dictan otras disposiciones.—Así lo resuelve la Corte en sentencia de Sala Plena.—Magistrado Ponente: Enrique Coral Velasco 379

Se reitera la doctrina referente a que no pueden ser objeto de juicio de inexequibilidad, por sustracción de materia, los Decretos que, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 121 de la Carta, se dictaron a partir del 9 de noviembre de 1949, por cuanto adquirieron categoría de leyes según lo resolvió la Corte al definir sobre exequibilidad de la Ley 2ª de 1958.—Se resuelve que no hay lugar a proveer sobre inexequibilidad de los siguientes Decretos Legislativos: Número 2.956 de 1955, artículos 8º y 9º; 3.144 de 1956, artículo 5º; 094 de 1957, artículos 3o., ordinal b), 4º, 5º y 6º; 1.368 de 1957, artículos 12, ordinal e) y 13 ordinal d); y 0270 de 1957, artículo 18, ordinales a) y e).—Así lo resuelve la Corte en sentencia de Sala Plena.—Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau 381

SALA DE CASACION CIVIL

La ley no atribuye al Secretario de la Corte la función de dar informes telegráficos en general, sobre términos judiciales.—Alcance de los que suministre en la Secretaría, oralmente, o por escrito en los expedientes.—En el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia, adelantado por Matías Quisoboní contra Marco Antonio Girón y otros, no se repone la providencia de quince de junio del año en curso, por medio de la cual se declaró ejecutoriada la sentencia proferida por el Tri-

Págs.

bunal Superior de Popayán. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco..... 383

Como los acreedores del causante no son causahabientes de éste, no pueden ser copartícipes en la comulnidad ni tienem derecho a intervenir en el incidente de partición de sus bienes.—Hijuela de gastos.—Finalidad de ésta.—Al partidor le está vedado adjudicar a los acreedores bienes de la sucesión, sin expresa autorización de los herederos.—Acciones que pueden ejercer los acredores hereditarios para obtener el reconocimiento de sus créditos dentro de un juicio de sucesión.—Normas que los ampara ran y gobiernan.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio de sucesión de Aminta Bueno o Escobar viuda de Villalobos. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 384

La demanda es pieza fundamental de todo juicio.—Normas precisas a las cuales debe sujetarse tal escrito y dentro de las cuales pueden moverse tanto las partes como el juzgador.—Aclaración o corrección de la demanda.—Presupuestos procesales.—Si en el momento de dictar sentencia el juzgador encuentra que falta el presupuesto procesal de demanda en forma, debe declararse inhibido para decidir sobre el mérito de la acción establecida, esto es, que no podrá fallar sobre el fondo del juicio.—El juzgador debe limitarse a reconocer en el fallo lo alegado y probado por las partes, sin que pueda condenar a más ni a otra cosa que lo suplicado en el escrito principal. Interpretación de la demanda por el fallador cuando aquella presenta oscuridad o vaguedad en las súplicas.—Elementos indispensables para que prospere la acción reivindicatoria.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Dolores Ramírez y otro contra María Salgado Arias.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero 389

Es improcedente, respecto de un mismo medio probatorio, alegar simultáneamente error de hecho y error de derecho.—Técnica del error de derecho.—Relaciones sexuales estables y notorias.—Su prueba.—Valor probatorio del testimonio.—Ley sustancial y ley procesal.—Su definición.—La infracción de normas probatorios por sí sola no sirve para acusar un fallo por violación directa.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia, adelantado por Lastenia Camelo Martínez, en nombre de su menor hija Stella o Estela Camelo, contra el Distrito Especial de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 395

No es pertinente invocar la causal 2ª de casación contra fallo totalmente absolutorio.—Interpretación del artículo 472 del Código Judicial.—El secuestre es un depositario cuya obligación emana no de un contrato de depósito, sino del hecho de aceptar el cargo y de haber recibido real y materialmente los bienes depositados. — Facultades y obligaciones de los secuestres.— Requisitos para la procedencia de la acción de restitución de bienes herenciales.—Cuando la demanda adolece de oscuridad o de vaguedad en sus términos, compete al fallador interpretarla, siempre y cuando no altere los límites del libelo.—Incurre en error de hecho el Tribunal que pase por alto la prueba de la confesión judicial hecha en posiciones por cualquiera de las partes. porque desconoce la realidad de un hecho procesal debidamente establecido en los autos. — Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre pago del valor de frutos naturales y civiles. adelantado por Jeremías Baquero C. y otros contra los menores Antonio Baquero y otros, representados por su madre señora Rita Díaz de Baquero.—Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón 401

Contra sentencia totalmente absolutoria no procede la causal 2ª de casación.—El efecto vinculatorio entre las partes del fallo en juicio de división material de bienes sucesorios legitima en la causa al adjudicatario

Págs.

para reivindicar contra otro adjudicatario poseedor, quien no puede oponerle adjudicación en un segundo juicio sucesorio del mismo causante en que el reivindicador no fue parte.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Aristóbulo Santacruz y otro contra Abelardo Bermúdez.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 406

Objeciones a una partición.—No existe norma expresa que ordene o que impida que al asignatario que atendió el pago de todos los gastos sucesorales se le adjudiquen bienes suficientes del acervo común para cubrírselos.—Deudas hereditarias y gastos del juicio de sucesión.—Sus diferencias y disposiciones que los regulan.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el sucesorio de Teodosio A. Delgado R.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco..... 412

Como el artículo 30 de la Ley 45 de 1936 no derogó el artículo 57 de la Ley 153 de 1887 que ordena que el reconocimiento del hijo natural debe ser notificado y aceptado o repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación, es obvio que los preceptos pertinentes de ésta son aplicables a aquél, por lo cual la doctrina de la Corte respecto a la fuerza de la notificación, aceptación o impugnación de la legitimación, debe operar en el caso de tal reconocimiento.—Ampliación de esta doctrina a todos los casos de reconocimiento voluntario.—Para que el fenómeno del reconocimiento del hijo natural se produzca, no son elementos esenciales tales requisitos.—Objeto de la notificación del reconocimiento.—Tratándose de incapaz, ésta debe hacerse por autorización legal al guardador general o a un curador especial.—La aceptación puede ser expresa o tácita.—Funcionarios competentes cuando se ocurre a la notificación judicial.—Desde cuándo opera el reconocimiento.—Interpretación de los artículos 19, 22 y 23 de la Ley 45 de 1936, 1.226 y 964 del Código Civil.—El padre natural tiene el carácter de heredero legitimario del hijo en la cuota prevista en el artículo 23 del estatuto sobre filiación extramatrimonial.—Preterición. — **El legitimario pretermitido no requiere instaurar reforma del testamento.—Para la aplicación del artículo 1.276 del Código Civil, es indiferente el momento en que interviene el asignatario a título universal.—Quien persigue una determinada cuota hereditaria no puede acogerse al artículo 1.323 del Código Civil, en relación con frutos, pues se ignora qué bienes se le adjudicarán, pero por el reconocimiento judicial de heredero en el juicio de sucesión queda amparado con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 1.395 del mismo Código.—Acumulación de la acción de declaración del estado de padre natural y la de petición de herencia.** — Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre petición de herencia y reivindicación, adelantado por Clemente Montañés Cote contra Roberto J. Barreto y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 416

A partir de la vigencia del Decreto Legislativo número 154 de 1957, —que suprimió el Libro de Causas Mortuorias—, tanto la partición de los bienes de una sucesión como la sentencia aprobatoria de la misma, deben inscribirse en el Libro número 1º, según las reglas generales establecidas en el Código Civil.—Interpretación del artículo 38 de la Ley 57 de 1887.—Técnica del error de derecho.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Popayán, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Emilio Bolaños y otros, obrando como representantes de la sucesión de Vicenta Hurtado viuda de Bolaños contra Isaías Otero D.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar T. 428

Disposiciones que autorizan la práctica de pruebas en la segunda instancia y origen de tales preceptos.—El principio del hecho nuevo, como oportunidad para recibir a prueba en segunda instancia, no puede considerarse aisladamente de la causa petendi, o sea de que la demanda ha de conte-

Págs.

ner los hechos en que se apoya.—Su finalidad y trascendencia.—En el evento del artículo 1º —numeral 3º— del Decreto 0243 de 1951, no es posible recibir a título de prueba documentos que se confeccionan luégo del fallo de primer grado con la aparente finalidad de aclarar el fundamento de la pretensión, pero que realmente vienen a modificarlo.—Con el registro del juicio mortuorio, el derecho hereditario en relación con los bienes adjudicados en la partición, se transforma en derecho de dominio.—Error de hecho.—El coadyuvante simple no es demandante, y la coadyuvancia del vendedor en pleito del comprador es un tipo de coadyuvancia simple y no litis consorcial.—La acción de petición de herencia sólo la tiene el que probare su derecho a una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre mejor derecho a una herencia, adelantado por Esmaragdo Gómez contra Luis Alfredo Quiroga y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 433

Petición de herencia.—Su naturaleza jurídica.—Reivindicación consecuencial.—Buena fe exenta de culpa.—Teoría de la apariencia: error communis facit ius.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre nulidad de la partición e ineficacia de su registro, petición de herencia y reivindicación, adelantado por María Ana Rosa Sanabria y otro contra Eva Díaz viuda de Martínez y otros.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 442

Motivo 6º de casación.—Cualquiera de las causales de nulidad previstas en esta norma, o sea las comunes a todos los procesos, debe haberse presentado dentro del juicio en que se dictó la sentencia materia del recurso extraordinario, pues ellas tienden a corregir vicios trascendentales del proceso, pero no en un juicio distinto, porque para remediar tal anomalía existen diversos sistemas, uno de los cuales es acudir a juicio ordinario separado a fin de obtener la declaratoria de nulidad.—Requisitos que deben concurrir en esta última.—Cuando en el caso precedente la acusación se refiere a posibles vicios de nulidad del juicio ejecutivo donde el remate se practicó, carece de base el cargo fundado en la causal 6ª.—No existe nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta.—Formalidades para el remate de bienes.—La celebración de éste fuera de las horas de Despacho o en días de vacancia, acarrea nulidad. — Interpretación y alcance del artículo 1º del Decreto Legislativo número 2.318 y del Decreto 2.507 de 1954.—El numeral 2º del artículo 451 del Código Judicial tiene carácter sustantivo.—Actuación que abarca la declaratoria de nulidad procesal de un juicio ejecutivo, cuyo trámite está autorizado por el artículo 457, inciso 2º del Código Judicial, por haberse incurrido en el motivo segundo del art. 451 ibidem.—La legitimación en causa de las partes es condición de la acción civil y no excepción.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre nulidad de un juicio ejecutivo, adelantado por Franicsco Vélez contra Marco Tulio Cadavid y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 449

Al juzgador compete determinar la existencia o falta del ánimo de señor y dueño, o sea, el elemento subjetivo en que se diferencia la posesión de la tenencia, teniendo en cuenta no solamente las exposiciones de los testigos, sino también la causa u origen de la tenencia o de la posesión.—Caso en que puede llegarse a concluír la prescripción con base en solas declaraciones, a pesar de la existencia de un título de mera tenencia.—Interpretación del artículo 209 del Código Judicial.—Excepción perentoria y presupuesto procesal llamado demanda en forma.—Sus diferencias.—Se rectifica la doctrina en el sentido de que el artículo 209 del Código Judicial no es una norma de carácter sustantivo.—No dan lugar a casación los artículos 742 y 743 del Código Judicial, porque no son disposiciones sustanciales.—Se ratifica la doctrina referente al alcance de la soberanía de los Tribunales

Págs.

en la calificación de los contratos y en la interpretación de sus cláusulas.—Los créditos pueden transferirse pero no las obligaciones que origina todo contrato bilateral sin la expresa autorización de la otra parte.—Prestación de frutos en la acción reivindicatoria.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Rita Talero viuda de Aranguren y otros contra Luis Eduardo Osorio.—Magistrado Ponente: Doctor. Arturo C. Posada 457

Poder discrecional del Tribunal en la apreciación de los dictámenes periciales.—Cuándo la interpretación de los contratos hecha por el juzgador de instancia es susceptible de censura por la casación. — Medio nuevo.—Técnica de la causal 3ª de casación.—Los cargos hipotéticos no son de recibo en casación, porque no constituyen impugnaciones al fallo.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa, adelantado por José Leopoldo Parada contra Blanca Lilia Angarita Melo.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar T. 468

Acción de resolución de un contrato sobre construcción de un edificio.—Interpretación y alcance del inciso 2º del artículo 2.056 del Código Civil.—Esta norma rige también para los contratos de construcción efectuados sobre la base de un precio fijo.—Donde hay culpa hay responsabilidad y desde que ésta exista hay lugar a indemnización de perjuicios.—Técnica de la causal 1ª de casación.—Es deber del recurrente señalar la prueba que considera apreciada erróneamente por el fallador de instancia.—Autonomía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas mientras no sean contrarias a la evidencia.—El incumplimiento o el cumplimiento tardío de una obligación de carácter contractual no da lugar a exigir indemnización por perjuicios morales.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre resolución de un contrato de construcción de un edificio, adelantado por Francisco Cossio contra las señoras Paulina Henao de Marín y otra.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón.... 473

La causal 2ª de casación se deriva de un error in procedendo, pues se produce como consecuencia de vicios de actividad y no de vicios del juicio.—Cuándo incurre el Juez en este último (error in judicando).—Como para el éxito de cualquier pretensión es indispensable acreditar la legitimación activa, al fallar ésta la acción no puede prosperar, con lo cual se está proveyendo de mérito sobre ella.—Contra fallo totalmente absolutorio no es pertinente invocar la causal 2ª de casación.—Violación directa y violación indirecta de la ley.—El albacea no es mandatario ni representante legal de la herencia—Cuando el albacea con tenencia y administración de bienes actúa en juicio originado por razón de sus actividades, lo hace única y exclusivamente en su función de Administrador.—El artículo 2.189 del Código Civil es de carácter general y se aplica generalmente al mandatario civil, en tanto que el artículo 264 del C. de P. C. es especial para el mandato judicial. — Se ratifica la doctrina sobre declaración oficiosa de la nulidad absoluta en el acto o contrato.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre nulidad de un testamento y otras declaraciones, adelantado por José María Córdoba contra Magdalena Montaña de Izquierdo y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 483

Se deniega la aclaración de la sentencia anterior.—Así lo resuelve la Corte, respecto de la proferida en el ordinario sobre nulidad de un testamento y otras declaraciones, adelantado por José María Córdoba contra Magdalena Montaña de Izquierdo y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 491

La acción de simulación sea absoluta o relativa y la de nulidad, son dos acciones diferentes.—En qué consisten.—Interpreta-

Págs.

ción de los artículos 2.673 y 2.669 del Código Civil.—Valor probatorio de los certificados expedidos por los Registradores de Instrumentos Públicos.—No es menester, para que pueda tenerse como prueba una escritura pública, que la nota de registro deba aparecer al pie de la misma, lo indispensable es que esté registrada, cosa ésta que puede comprobarse con el respectivo certificado del Registrador en que expida copia de la inscripción.—Error de hecho manifiesto.—Cuándo tiene lugar.—No puede proponerse simultáneamente respecto a una misma prueba, error de derecho y error de hecho en su estimación. — En el ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa, con pacto de retroventa, adelantado por la sucesión de Corcino Pachón contra Julio C. Santos y otro, no se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 493

La indebida aplicación y la errónea interpretación que son dos formas diversas de violar la ley, no pueden presentarse simultáneamente respecto de unos mismos preceptos.—Una cosa es la nulidad de un remate como acto civil y otra bien distinta es la nulidad del juicio ejecutivo en que tal remate se efectuó.—Sus efectos.—El interés para pedir la anulación de un remate por vicios sustanciales es distinto al que existe para solicitar la nulidad del juicio en que la subasta se practicó.—Razón por la cual el numeral 2º del art. 451 del Código Judicial reviste carácter sustancial. En el ordinario sobre nulidad de un remate verificado en juicio especial hipotecario, adelantado por Francisco Villegas Arango contra el Banco de Bogotá, (Sucursal de Cali), y otros no se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali.—Magistrado Ponente: Dr. Hernadno Morales M. 503

Compraventa.—Reglas generales de gobierno en este contrato.—Título y modo.—Tradición de los bienes muebles y de los inmuebles. — Obligación de saneamiento.—Culpa del vendedor por falta de la diligencia que ordinariamente se emplea en la venta de vehículos automotores.—Finalidad y procedencia de la causal 2ª de casación.—Esta causal no comprende generalmente la incongruencia entre la parte motiva y la resolutiva del fallo sino entre ésta y las peticiones oportunamente deducidas por las partes.—La disparidad de criterio entre el sentenciador y las partes litigantes acerca de la cuestión sub-judice, no da base para invocarla.—No se casa el fallo por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa de un automotor, adelantado por Gregorio Suárez Rodríguez contra el Presbítero Alfredo Ortiz Ayala.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar T. 509

Bienes vacantes y mostrencos.—Características de estos últimos.—Inmuebles por destinación.—Rieles y elementos complementarios destinados a la construcción de líneas férreas.—Carga probatoria.—Auto para mejor proveer.—La vacancia de inmuebles.—Inadmisibilidad de cargos subsidiarios en casación.—Contra fallo totalmente absolutorio no procede la causal 2ª de casación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre declaratoria de bienes mostrencos, adelantado por Jorge Moreno Ortiz contra el Municipio de Turbo.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 517

Como el comunero no puede reivindicar para sí sino la cuota de que no está en posesión, tratándose del bien común la acción debe ejercitarla para la comunidad.—Técnica de la demanda de casación.—Causal 1ª.—En qué consiste.—La apreciación que conforme a las reglas de la sana crítica hace el juzgador del valor probatorio de un dictamen pericial, es intocable en casación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Ramón Pinzón Robayo contra Verónica Alonso viuda de Pulido.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero 525

Págs.

La responsabilidad que se implora sobre perjuicios, cuando proviene de la violación de un contrato por el incumplimiento imperfecto de éste. es contractual y no extracontractual.—Contra quién es pertinente alegar tal clase de reclamación.—Cuando existe un contrato de compraventa de cosa ajena respecto de la cual pesaban obligaciones impuestas a un primitivo tradente vendedor por sentencias ejecutoriadas, que éste no cumplió, no es procedente exigirle entonces indemnización de perjuicios por culpa extracontractual o aquiliana.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre pago de perjuicios materiales y morales causados por no haberse dado oportuno cumplimiento a lo ordenado por medio de sentencia, adelantado por Carlos Casas contra Juan N. Arroyave y otra.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada 530

Es antitécnico atacar simultáneamente por aplicación indebida e interpretación errónea de una misma norma.—En qué consisten éstas.—Se ratifica la interpretación hecha por la Corte respecto del artículo 28 del C. de P. P.—Motivos exonerativos de la responsabilidad civil tratándose de actividades peligrosas.—Cuando el proceso penal termina con absolución o sobreseimiento definitivo basado en culpa de la víctima, dicho punto impide la acción civil de responsabilidad tanto directa como indirecta.—Como no es procedente exigir a los incapaces de que trata el artículo 2.346 del Código Civil indemnización por los daños causados por ellos, tal obligación indemnizatoria se desplaza a sus guardianes los cuales pueden exonerarse cuando en autos no se logra acreditar que incurrieron en conducta culposa en el cuidado de quienes ocasionaron el daño.—La imprudencia del incapaz excluye la responsabilidad del autor del daño así como la del tercero.—Técnica del error de derecho.—En el ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales ocasionados por la muerte de una persona en accidente de tránsito, adelantado por Ana de Jesús Agudelo contra la Universidad de Antioquia, no se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M.... 541

SALA DE CASACION PENAL

Los Jueces de Instrucción Criminal creados por la Ley 4ª de 1943, y que dependen de la Rama Administrativa del Poder Público, no son los Jueces de investigación creados por el Código de Procedimiento Penal para los cuales (éstos últimos) señaló dicho Código igualdad de categorías con los Jueces de Circuito; su juzgamiento, por tanto, no está condicionado a fuero alguno en las causas de responsabilidad que se les sigan.—En materia de instrucción penal es competente el funcionario del territorio de la jurisdicción en que el hecho tuvo ocurrencia. — Las diligencias practicadas por un funcionario de instrucción, aunque no sea el competente de acuerdo con lo que establece el artículo 62 del C. de P. P., no son nulas. — En el proceso adelantado contra el doctor Francisco Marrugo Llamas, por el delito de detención arbitraria, se confirma la providencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, con la salvedad de que la nulidad de lo actuado en el proceso penal a que se refiere dicho proveído existe sólo desde el auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 548

En los juicios con intervención de Consejos de Guerra Verbales, la resolución que ordena convocarlos equivale al auto de proceder. — Si después del veredicto del Jurado se descubre que en el auto de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal se incurrió en error en la denominación jurídica del delito, lo procedente es declarar la nulidad de lo actuado a partir de dicho auto y no la contraevidencia del veredicto.—El nuevo Código Castrense, a diferencia del anterior, no distingue la rebelión como delito puramente político, susceptible de ser cometido por particulares pero so-

Págs.

metido al procedimiento castrense, de la rebelión como ilícito típicamente militar.—Se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior Militar, en el proceso adelantado contra Eugenio Valencia por el delito de rebelión militar. — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria.... 552

Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en favor de un Juez Civil de Circuito, denunciado por prevaricato y cohecho.—Así lo resuelve la Corte respecto del proveído dictado por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado contra Hernando Anzola Liévano.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 562

Competencia de los Tribunales Superiores para conocer de las causas de responsabilidad contra Fiscales de Juzgados Superiores.—El artículo 235 del C. de P. P. no define un evento específico de falsedad documentaria.—El daño real o potencial es requisito indispensable del delito de falsedad en documento público.—La actividad falsaria debe incidir en lo concerniente a los efectos jurídicos del documento y dar lugar, en consecuencia, a un daño en el interés ajeno que esa atinencia jurídica representa, o por lo menos producir un peligro de daño a dicho interés.—En el proceso adelantado contra Guillermo Fernández, Fiscal de Juzgado Superior, por el delito de falsedad en documentos, se revoca la providencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga y, en cambio, se sobresee definitivamente en favor de aquél.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 564

La prescripción extintiva de las acciones por faltas en el ejercicio de la abogacía, en los casos de los cinco primeros numerales del artículo 10 de la Ley 21 de 1931, es la contemplada en el artículo 105 del Código Penal en armonía con el 10 de la misma obra, por tratarse de materias en conexión más o menos estrecha con delitos, en tanto que la prescripción de la acción en el caso de la causal sexta ibidem, se rige por el artículo 115 del mismo Código, por pertenecer al grupo de las contravenciones, porque se trata de actos o hechos distintos de los contemplados en los otros numerales de dicha norma.—En el proceso adelantado en el Tribunal Superior de Medellín contra el doctor Arturo Berrío Parra, se confirma la suspensión de éste en el ejercicio de sus funciones de abogado, por el término de dos años.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino.. 574

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Eduardo Mejía Jiménez, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice..... 576

La disparidad de criterio entre los funcionarios sobre un punto de derecho, cumplida de buena fe, no arguye abuso de autoridad o prevaricato. — Terminado un proceso, las cuestiones de fondo no pueden pueden revivirse, salvo en la forma y con los requisitos previstos en la ley.—Cuestiones accesorias que pueden proponerse o discutirse dentro de los autos, aunque haya concluído el juicio propiamente dicho.—Los informes a que debe atenerse el funcionario, son los que constan en los originales, y no en las copias que presenten las partes y autentica el Secretario.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso adelantado contra el doctor Santiago Badel González, por los cargos que le formulara el doctor Raimundo Emiliani Román.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez.. 579

Al establecer el Decreto Extraordinario número 1.231 de 1951 en su artículo 4º que, "ejecutoriado el auto de proceder queda abierto el juicio a prueba por el término de tres días...", la locución "queda abierto el juicio a prueba" ha de entenderse sólo en el sentido de que el término debe empezar a correr por ministerio de la ley, una vez en firme el auto de vocación a juicio, sin previos traslados a las partes ni solicitudes obligatorias de ellas, pero no puede atribuírsele el alcance de eximir al

Págs.

Juez de la obligación de dictar una providencia con orden de notifcarla, para hacer saber a los interesados que el término de pruebas empieza a correr.—La omisión de este proveído es causal de nulidad.—Interpretación del artículo 16 del citado Decreto.—La nulidad declarada en un proceso penal, aunque la declaración se haga por la Corte en virtud del recurso de casación, por regla general aprovecha a todos los procesados en la actuación que es anulada, sean o no concurrentes, o que siéndolo, no hubieren formalizado en tiempo oportuno el recurso ante la Corte.—Cuando se encuentra fundada alguna de las causales alegadas, es inoficioso el estudio de las restantes que se hayan invocado.— Se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Montería, en el proceso adelantado contra Blas Miguel Medrano de la Ossa y otro, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 581

Análisis que debe hacer el juzgador para establecer si la acción penal puede o no proseguirse.—Cuando en un fallo se decretan condenas y absoluciones y se consulta sólo la parte relativa a las últimas, el superior carece de jurisdicción para revocar las primeras.—Faltas contra la moral en el ejercicio de la abogacía.—Si en uno de estos procesos se ventilan dos denuncias formuladas por personas distintas contra un individuo, y una de ellas resulta carente de fundamento, debe ordenarse abrir contra su autor la respectiva investigación por calumnia de que trata el artículo 12 de la Ley 69 de 1945.—Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado contra el doctor Luis Enrique Plata Sánchez, por faltas contra la ética profesional.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio... 587

Se ratifica la doctrina sentada por la Corte respecto a falsedad y uso de documentos privados en general y falsedad y uso de instrumentos negociables en particular, a reglas del concurso material de falsedad y estafa y a escala penal aplicable a tal concurso. — En el proceso adelantado contra Daniel Tiberio Cruz Sánchez, por los delitos de tentativa de estafa y falsedad en documentos, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué. — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria 590

En el proceso penal, no sólo quienes gozan de solvencia económica para pagar servicios profesionales, y desean hacerlo, sino también los menesterosos y los acusados que por cualquier circunstancia no puedan y aún no quieran defenderse, tienen derecho a que los patrocine con celo y eficacia un abogado. — Infidelidad profesional en un defensor.—Si éste no invocó como excusa legal para servir el cargo la circunstancia de haber tenido más de cuatro defensas de oficio cuando aceptó la última, la gravedad de aquélla falta no se atenúa en forma alguna sino que antes la acrecienta.—Pena imponible en tal evento.— Se reforma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, para condenar al doctor Alfonso Quintero Osorio a la pena disciplinaria de suspensión en el derecho a ejercer la abogacía por el término de seis meses.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio..... 597

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Eduardo Mejía Jiménez, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 601

El hecho de no haberse practicado, —por dificultades ajenas a la voluntad de los funcionarios instructores y juzgadores—, las pruebas solicitadas por las partes en un proceso penal, no acarrea nulidad de ninguna especie y mucho menos de carácter constitucional (artículo 26 de la Car ta).—Sólo cuando la apreciación probatoria hecha por los juzgadores de instancia pugna con la evidencia procesal, puede haber lugar a casación por la Corte mediante la causal 2ª.—Es un error afirmar que la falsedad no la pueden cometer sino funcionarios públicos, y eso siempre que imi-

Págs.

ten letra, firma o rúbrica.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado contra Eduardo Arango Correa y otro, por el delito de falsedad.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 602

SALA DE CASACION LABORAL

Intangibilidad del contrato de trabajo escrito.—Contrato realidad.—Técnica de casación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por María Elena Ordóñez de Acosta contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 609

Sociedad de hecho y contrato de trabajo.— La buena fe exonera de la condena a indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones. — Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Eustorgio Castillo Castañeda contra José María Nava.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C. 612

Resolución de los contratos en derecho civil y laboral.—Cláusula de reserva.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Alfonso Herrera Hurtado contra la "Compañía Panameña de Aviación S. A. (Copa)", persona jurídica con domicilio en la ciudad de Panamá, República del mismo nombre.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 616

Justa causa de despido consistente en daños causados culposamente a los elementos de trabajo.—El pago gracioso de prestaciones sociales no induce necesariamente buena fe patronal.—Interpretación errónea y violación directa de la ley.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Montería, en el ordinario laboral adelantado por Juan José Obredor Redondo contra la empresa Muñoz y Salazar y Compañía Limitada.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Arango Henao..... 623

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Presentación de pruebas en inspecciones oculares u otras diligencias cuando no han sido pedidas en la oportunidad legal y se refieren a hechos distintos de los que son objeto de la diligencia. — Interpretación del artículo 597 del Código Judicial.—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre pago de daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de unas obras del Ferrocarril de Antioquia, negocio adelantado por Sofía y Tulia Uribe Muñoz contra el Departamento del mismo nombre.—Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 630

El artículo 448 del Código Judicial debe aplicarse con criterio restrictivo. por cuanto establece taxativamente las causales de nulidad en los juicios. — Distinción entre actos nulos y simplemente irregulares. — Modos como la ley provee a asegurar la garantía general de juzgamiento que consagra el artículo 26 de la Constitución.— Nulidad e inexistencia de los actos procesales. — Consecuencias que se deducen de la falta de notificación de una providencia judicial.—Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de minas adelantado por Arcesio Mejía contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 640

Responsabilidad indirecta de las personas naturales o jurídicas por los actos de sus agentes o dependientes. — Presunción de responsabilidad contra quien ocasiona el daño cuando éste proviene de actividades que de suyo se reputan peligrosas, como la que se desarrolla en el manejo de vehículos automotores.—En el ordinario sobre pago de daños y perjuicios ocasionados a una persona en accidente de tránsito, adelantado por Felisa Guerrero de Kaipa con-

Págs.

tra la Nación, se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano 646

Acumulación de acciones sobre oposición a una propuesta de contrato para la exploración y explotación de posibles yacimientos petrolíferos, en los casos de los ordinales 1º y 4º del artículo 398 del Código Judicial.— Se deniega la súplica hecha por el apoderado de Fermín Sanz de Santamaría para que se acumule el juicio que sobre dominio del subsuelo petrolífero inició su mandante contra la Nación, al que sobre la misma materia han incoado Paulina Dávila de Pardo y otros con ocasión de la propuesta de contrato número 872, formulada por la Texas Petroleum Company. — Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña 653

Responsabilidad extracontractual de las entidades de derecho público.—Valor probatorio y finalidad, en el juicio contradictorio que se inicie posteriormente, de las inspecciones oculares practicadas por funcionarios de las Inspecciones de Tránsito, y de los conceptos periciales rendidos con ocasión de aquélla.—En el ordinario sobre indemnización de daños y perjuicios ocasionados en un automotor, se hacen algunas de las declaraciones solicitadas por Alberto Suárez contra el Departamento del Huila.—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña 657

Acción de indemnización de perjuicios causados por la ocupación permanente de una propiedad privada con motivo de trabajos públicos.—En el ordinario adelantado por Julio Arboleda R. contra el Municipio de Andes, se modifica el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau.. 663

Fuentes de la responsabilidad civil extracontractual.—En el campo de ésta no puede ser considerada como actividad propia de la persona moral de derecho público la de un chofer al servicio de la misma y, por consiguiente, la responsabilidad de aquélla por los hechos de éste es indirecta.—Requisitos para que haya lugar a deducir responsabilidad por el hecho ajeno.—Presunción de culpa. — A quién corresponde destruírla.—La presunción de la relación causal rige frente a la persona del civilmente responsable, pero no frente al autor directo del hecho dañoso, entre cuya conducta y el evento perjudicial debe acreditarse la existencia de un nexo causal.—Pacto de reserva del dominio. — Naturaleza de la prueba de inspección ocular.— Se reforma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario sobre pago de daños y perjuicios ocasionados en un automotor, adelantado por León Preciado y otros contra el Departamento del Tolima.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano..... 666

Factores que deben tener en cuenta los peritos al momento de estimar el valor de la zona de propiedad privada ocupada de modo permanente con motivo de trabajos públicos, para efectos de la indemnización de perjuicios. — Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la ocupación permanente de un inmueble rural con motivo de trabajos públicos, adelantado por Rafael Cadavid Correa contra el Municipio de Andes.—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña.. 677

La Nación no es responsable de los daños o perjuicios que causen a terceras personas los hechos que realicen agentes suyos en rebeldía contra sus superiores.—Requisitos para que quede comprometida la responsabilidad del Estado por el hecho de terceros.—Uno de los factores que la integran es la relación de causalidad entre la culpa y el daño.—El colombiano menor de edad que ingrese al servicio activo, queda excluído de la protección paterna mientras dependa directamente de las autoridades militares. — Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios morales y materiales

Págs.

ocasionados por la muerte violenta de una persona en comisión de orden público, adelantado por Manuel Orjuela A. y otra contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau..... 681

Regulación de la indemnización de perjuicios civiles.—Para que el perjuicio futuro sea reparable se requiere que sea cierto.—Determinación de su cuantía.—La vida humana como fuente de beneficios y no como bien patrimonial. — Presunción de ascensos futuros y cómputo de sueldos.—Requisitos necesarios para su aceptación e inclusión en la liquidación de perjuicios y grado militar del escalafón que debe tenerse en cuenta para tal evento.—En el incidente de liquidación de perjuicios adelantado por Donaciano García y otra contra la Nación, se reforma el auto proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, para fijar definitivamente el monto de aquéllos. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano..... 687

Noción jurídica de la notoriedad.—Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre cumplimiento de un contrato o resolución del mismo, adelantado por Luis Piedrahita Ch. contra el Departamento de Antioquia. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 695

ERRATAS ADVERTIDAS

Título, página 442, renglones 2º y 3º, dice "TEORIA DE LA APARIENCIA ERROR COMMUNIS FACIT IUS", en vez de TEORIA DE LA APARIENCIA: ERROR COMMUNIS FACIT IUS.

Título, página 525, renglones 3º y 4º. dice "DEBE EJERCITARLA PARA LA COMUNIDAD.—EN QUE CONSISTE.—TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION", en vez de DEBE EJERCITARLA PARA LA COMUNIDAD.—TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION.

Título, página 525, renglón, 6º, dice "DICTAMEN JUDICIAL", en vez de DICTAMEN PERICIAL.

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.